



---

Abteilung III  
C-6614/2009

## Urteil vom 29. August 2011

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richter Jean-Daniel Dubey, Richter Blaise Vuille,  
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

---

Parteien

**M.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch P.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

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

Die aus Kroatien stammende und in Serbien wohnhafte M.\_\_\_\_\_ (geb. 1987, nachfolgend: Beschwerdeführerin) wurde von der Fremdenpolizei der Stadt Bern am 21. September 2009 anlässlich einer Domizilkontrolle versteckt unter einem ausziehbaren Bett in der Wohnung ihrer Bekannten, der Schweizerbürgerin P.\_\_\_\_\_, angehalten. Obwohl sich die Beschwerdeführerin bereits im Frühjahr bzw. Frühsommer 2009 – im Rahmen des bewilligungsfreien Aufenthaltes – bei der gleichen Gastgeberin und deren Ehemann aufgehalten und die Schweiz am 3. Juli 2009 wieder verlassen hatte, reiste sie Anfang August 2009 als Mitfahrerin von P.\_\_\_\_\_ erneut in die Schweiz ein, wo sie sich bis zur fremdenpolizeilichen Anhaltung am 21. September 2009, teilweise über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus, bei ihrer Gastgeberin aufhielt. Am 23. September 2011 kehrte sie in ihr Heimatland zurück.

**B.**

Gestützt auf diesen Sachverhalt verhängte die Vorinstanz am 21. September 2009 gegenüber der Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung der Massnahme führte sie unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20; zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5457) aus, die Beschwerdeführerin habe wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen.

**C.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 13. Oktober 2009 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; eventualiter sei die Dauer der Fernhaltungsmassnahme auf drei Monate zu begrenzen. Im Wesentlichen lässt sie zur Begründung vorbringen, aufgrund eigener Unwissenheit habe sie sich bloss 9 Tage zu lang in der Schweiz aufgehalten. Insbesondere sei sie nicht illegal in die Schweiz eingereist, da sie sich als kroatische Bürgerin drei Monate visumsfrei in der Schweiz aufhalten dürfe. In den letzten drei Jahren sei sie stets vorschriftsgemäss in die Schweiz eingereist, weshalb zu keiner Zeit ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung stattgefunden habe.

Der Eingabe war eine auf die Beschwerdeführerin ausgestellte serbische Busfahrkarte beigelegt.

**D.**

Mit Strafmandat vom 25. November 2009 wurde die Beschwerdeführerin vom Untersuchungsrichteramt III Bern-Mittelland des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne des Ausländergesetzes schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe von Fr. 1'200.- (40 Tagessätze à Fr. 30.-) sowie einer Busse von Fr. 200.- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**E.**

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 14. Dezember 2009 auf Abweisung der Beschwerde und hält ergänzend fest, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Dauer für einen bewilligungsfreien Aufenthalt überschritten und sich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten habe. In Berücksichtigung des Verhaltens der Beschwerdeführerin, die sich der polizeilichen Kontrolle habe entziehen wollen, entspreche eine Fernhaltungsmassnahme von zwei Jahren ständiger Praxis und sei angemessen.

**F.**

Die Beschwerdeführerin hat auf die Einreichung einer Replik verzichtet.

**G.**

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1.**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), 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 Anordnung eines Einreiseverbotes

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.** Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

**1.4.** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

## **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 – soweit 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 Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003; BGE 135 II 369 E. 3.3).

## **3.**

Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen gebunden ist (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG), ein Einreiseverbot nach Art. 67 AuG verhängt, wird diese Person gestützt auf Art. 94 Abs. 1 und Art. 96 des Übereinkommens vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ], Abl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62) und Art. 16 Abs. 2

und 4 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) grundsätzlich im Schengener Informationssystem [SIS], vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Eine solche Ausschreibung einer Person im SIS zur Einreiseverweigerung aufgrund einer vom BFM verhängten Fernhaltmassnahme bewirkt, dass ihr die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verweigert wird (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex bzw. SGK, Abl. L 105 vom 13. April 2006, S. 1-32]).

#### **4.**

**4.1.** Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre des Art. 13 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121). Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung in Kraft (zum Ganzen vgl. BBI 2009 8881 und AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 nun gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). 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 (Art. 67 Abs. 2 Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen werden mussten (Art. 67 Abs. 2 Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz bei der Ansetzung von Fernhaltmassnahmen ist in der vorliegenden Konstellation mit den

obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBI 2009 8896). Da der bisherige Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG mit dem neuen Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG identisch ist und vorliegend kein Einreiseverbot mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren zur Diskussion steht, ändert sich für die Beschwerdeführerin im Ergebnis ohnehin nichts.

**4.2.** 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 unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch Art. 80 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] sowie RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 13 mit Hinweisen). Somit kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – eine Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen, als Teil der objektiven Rechtsordnung, ein Einreiseverbot nach sich ziehen, jedoch nicht als Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern als Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. BBI 2002 3813).

**4.3.** In Bezug auf die Verfehlungen, derentwegen die Beschwerdeführerin straf- und ausländerrechtlich belangt wurde, gilt zudem allgemein, dass für die Verhängung eines Einreiseverbots kein vorsätzlicher Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen erforderlich ist. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei den zuständigen Stellen zu informieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4639/2010 vom 15. Februar 2011 E. 5.3. mit Hinweis).

## 5.

**5.1.** Sofern sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, benötigen Ausländerinnen und Ausländer für einen Aufenthalt in der Schweiz von bis zu drei Monaten keine Bewilligung (Art. 10 Abs. 1 AuG). Art. 9 Abs. 1 VZAE hält präzisierend fest, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach der (erstmaligen) Einreise keine Bewilligung benötigen und sich nicht anmelden müssen (bewilligungsfreier Aufenthalt), wobei die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AuG während des gesamten bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein müssen (Art. 9 Abs. 2 VZAE). Sofern hingegen ein längerer Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit beabsichtigt ist, ist dafür eine Bewilligung erforderlich, welche vor der Einreise in die Schweiz bei der am vorgesehenen Wohnort zuständigen Behörde zu beantragen ist (vgl. Art. 10 Abs. 2 AuG).

**5.2.** Der Beschwerdeführerin wird in der angefochtenen Verfügung illegale Einreise und illegaler Aufenthalt vorgeworfen. Gemäss den gesetzlichen Vorschriften hat die betroffene Person den Zeitpunkt der (ersten) Einreise mit geeigneten Unterlagen nachzuweisen (Art. 9 Abs. 1 in fine VZAE).

Bei der polizeilichen Befragung vom 21. September 2009 machte die Beschwerdeführerin geltend, sie habe nicht gewusst, dass sie sich nach drei Monaten bewilligungsfreiem Aufenthalt in der Schweiz während mindestens drei Monaten im Ausland hätte aufhalten sollen. Dieses Vorbringen, der Hinweis der Fremdenpolizei der Stadt, dass die Beschwerdeführerin die Schweiz bis spätestens am 3. Juli 2009 zu verlassen hätte (vgl. Schreiben an die Gastgeberin vom 26. Mai 2009), sowie die Aussage der Gastgeberin, wonach es ihr erst anlässlich der letzten Domizilkontrolle durch die städtische Migrationsbehörde vom 17. September 2009 (bei der sich allerdings nur die Gastgeberin in der Wohnung befand) klar geworden sei, dass ihr Gast erst nach drei Monaten und folglich ab Oktober 2009 wieder hätte in die Schweiz einreisen dürfen, liessen darauf schliessen, dass sich die Beschwerdeführerin – im Rahmen ihres bewilligungsfreien (Vor-)Aufenthaltes in der Schweiz – während vollen drei Monaten bei ihrer Bekannten in Bern aufgehalten hatte. Von diesem Sachverhalt ging im Übrigen auch die Strafbehörde aus, welche infolgedessen den Aufenthalt der Beschwerdeführerin ab ihrer Wiedereinreise in die Schweiz im August 2009 als rechtswidrig bezeichnete (vgl. Strafmandat vom 25. November

2009). Dieses Strafmandat blieb unangefochten und erwuchs in Rechtskraft, weshalb grundsätzlich darauf abzustellen wäre.

Anlässlich der ersten Domizilkontrolle am Wohnort ihrer Gastgeberin vom 26. Mai 2009 brachte die Beschwerdeführerin gegenüber der Fremdenpolizei der Stadt Bern hingegen vor, sie befinde sich erst seit zwei bis drei Wochen in der Schweiz, ohne allerdings ihre Behauptung entsprechend belegen zu können. Erst auf Beschwerdeebene wurde eine auf sie und den 16. Mai 2009 ausgestellte serbische Busfahrkarte nachgereicht. Aufgrund dieses Beweismittels ist in casu davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht vor dem 17. Mai 2009 in die Schweiz eingereist war und somit die bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer von drei Monaten bei ihrer Ausreise am 3. Juli 2009 noch nicht voll ausgeschöpft hatte. Ausgehend von einer Wiedereinreise am 9. August 2009 durfte sie sich somit noch bis zum 19. September 2009 ohne Bewilligung in der Schweiz aufhalten. Ihr weiterer Aufenthalt in der Schweiz erweist sich dagegen – wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat – als rechtswidrig im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG. Sie hat somit gegen ausländerrechtliche Vorschriften von zentraler Bedeutung verstossen. Die Voraussetzungen für ein Einreiseverbot gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011 sind somit fraglos erfüllt. Die Verhängung der Fernhaltemassnahme erweist sich damit in grundsätzlicher Hinsicht als gerechtfertigt, auch wenn in casu keine illegale (Wieder-)Einreise vorliegt.

## **6.**

**6.1.** Es bleibt zu prüfen, ob die angeordnete Massnahme 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. statt vieler ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich / St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

**6.2.** Das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet die Missachtung ausländerrechtlicher Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt. Aber auch was die subjektive Seite anbelangt, ist das Verhalten der Beschwerdeführerin nicht zu bagatellisieren. Der Umstand, dass sie den bewilligungsfreien Aufenthalt von drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten lediglich um einige Tage überschritten hat, dürfte einzig und allein auf die rigorosen und wiederholten Domizilkontrollen seitens der Fremdenpolizei der Stadt Bern zurückzuführen sein. Erstellt ist, dass sich die Beschwerdeführerin bewusst diesen Kontrollen entziehen wollte, indem sie sich in der Wohnung ihrer Gastgeberin unter einem ausziehbaren Bett versteckt hatte. Damit hat sie sich vorsätzlich über die einschlägigen ausländerrechtlichen Normen hinweggesetzt. Zu ihren Gunsten gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass in casu – entgegen der ursprünglichen Ansicht der Vorinstanz – der Tatbestand der illegalen (Wieder-)Einreise nicht erfüllt ist.

**6.3.** Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und (nicht näher präzisierten) privaten Interessen führt zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, in Bezug auf die ausgesprochene Dauer jedoch als unangemessen lang erscheint. Angesichts der konkreten Umstände ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin bis zum Zeitpunkt dieses Entscheides hinreichend Rechnung getragen wird.

## **7.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das auf zwei Jahre bemessene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf das Datum des Urteils zu befristen.

## **8.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die (ermässigten) Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Eine Parteientschädigung ist nicht auszurichten, da der Beschwerdeführerin keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 4 VGKE).

Dispositiv nächste Seite

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das am 21. September 2009 gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot wird auf den Zeitpunkt dieses Urteils aufgehoben.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 400.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem am 30. November 2009 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 600.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 200.- wird zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Formular "Zahladresse")
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (EMF) der Stadt Bern (BN [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Daniel Brand

Versand: