



Abteilung III
C-749/2010

Urteil vom 1. Oktober 2010

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richter Jean-Daniel Dubey, Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Kilian Meyer

Parteien

B._____,
vertreten durch Beratungsstelle für Ausländer,
M. Milovanovic, Frohaldenstrasse 76, 8180 Bülach,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der aus der Republik Kosovo stammende Beschwerdeführer (geb. 1981) reiste Mitte Juli 2009 gemäss eigenen Angaben mit einem slowenischen Visum via Serbien, Ungarn und Österreich in die Schweiz, wo er am 17. Juli 2009 ein Asylgesuch stellte. Am 31. Dezember 2009 erliess das Bundesamt für Migration (BFM, Vorinstanz) einen Nichteintretensentscheid, wies den Beschwerdeführer nach Slowenien weg und verpflichtete ihn, die Schweiz sofort zu verlassen.

B.

Der Beschwerdeführer wurde am 12. Januar 2010 in der Durchgangsstation für Asylsuchende in Steinhausen (ZG) zwecks Eröffnung einer Verfügung festgenommen. Am 13. Januar 2010 eröffnete das Migrationsamt des Kantons Zug dem Beschwerdeführer den Asyl- und Wegweisungsentscheid des BFM und gab ihm Gelegenheit, sich im Sinne des rechtlichen Gehörs zur geplanten Durchführung der Wegweisung nach Slowenien sowie zu einem allfälligen Einreiseverbot zu äussern. Gleichentags ordnete das Migrationsamt des Kantons Zug gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) die Ausschaffungshaft an. Mit Eingabe vom 13. Januar 2010 wandte sich der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers an das kantonale Migrationsamt und beantragte, der Beschwerdeführer sei aus der Haft zu entlassen und auf die zwangsmässige Rückschaffung sei zu verzichten. Dessen ungeachtet wurde der Beschwerdeführer am 14. Januar 2010 nach Ljubljana zurückgeführt.

C.

Der Beschwerdeführer liess am 13. Januar 2010 gegen den Asyl- und Wegweisungsentscheid des BFM beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragte, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Asylgesuch gutzuheissen. Mit Verfügung vom 14. Januar 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab und begründete dies insbesondere damit, dass Slowenien für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sei und einer Rückübernahme zugestimmt habe. Nachdem der Beschwerdeführer bereits am 14. Januar 2010 nach Slowenien überführt worden war, schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren am 22. Januar 2010 infolge Gegenstandslosigkeit ab.

D.

Mit Verfügung vom 13. Januar 2010 verhängte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein ab dem 15. Januar 2010 geltendes dreijähriges Einreiseverbot. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer in Ausschaffungshaft genommen werden musste und in der Folge ausgeschafft wurde (Art. 67 Abs. 1 Bst. c und d AuG). Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung gestützt auf Art. 55 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) entzogen.

E.

Der Beschwerdeführer lässt mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 8. Februar 2010 beantragen, das am 13. Januar 2010 verfügte Einreiseverbot sei aufzuheben. Zudem sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Zur Begründung lässt der Beschwerdeführer anführen, dass er wie viele andere junge Männer serbischer Abstammung versucht habe, die Republik Kosovo zu verlassen, um sein Leben zu retten. Ein Schlepper habe ihm gesagt, er könne mit dem slowenischen Visum problemlos in die Schweiz reisen und ein Asylgesuch stellen. Obwohl schwerwiegende Asylgründe vorgelegen hätten, habe man ihn nach Slowenien zurückgeschickt und seinen Asylfall mit Abschreibungsentscheid vom 22. Januar 2010 abgeschlossen. Das Einreiseverbot sei unbegründet. Er sei gutgläubig in die Schweiz eingereist, habe in einer Notlage gehandelt, stets alle Vorschriften beachtet und gehofft, dass ihm Asyl gewährt werden würde.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 16. Februar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Befreiung von der Auferlegung von Verfahrenskosten) gut.

G.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 12. März 2010 die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer sei aus der Schweiz nach Slowenien weggewiesen und am 14. Januar 2010 dorthin ausgeschafft worden. Gestützt auf diesen Sachverhalt und den entsprechenden Antrag des Migrationsamts des Kantons Zug sei gemäss Art. 67 AuG ein auf drei Jahre befristetes Einreiseverbot erlassen worden. Praxisgemäss werde bei Ausländerinnen und Ausländern, welche in Ausschaffungshaft genommen und anschliessend ausgeschafft werden mussten, ein Einreiseverbot von drei Jahren als angemessen erachtet. Das rechtliche Gehör

im Hinblick auf eine Fernhaltungsmassnahme sei gewährt worden, wobei der Beschwerdeführer keine konkreten Einwände erhoben habe. Er bringe auch jetzt keine Gründe vor, welche die Vorinstanz zu einer Wiedererwägung ihrer Verfügung veranlassen könnten.

H.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit erheblich, in den nachfolgenden 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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (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 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (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 – 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 Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2).

3.

3.1 Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung von Art. 67 AuG in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 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 Ausreisepflichtung nicht innert Frist 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 AuG), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). 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).

3.2 Die Vorinstanz stützte das zu prüfende Einreiseverbot auf die damals in Kraft stehende Fassung der Art. 67 Abs. 1 Bst. c und d AuG (AS 2007 5457), wonach das BFM Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern erlassen kann, welche ausgeschafft worden sind (Bst. c) resp. in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75-78 AuG) genommen werden mussten (Bst. d). Die letztgenannte Bestimmung ist mit dem neuen Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG weitgehend identisch, weshalb diesbezüglich ohne Weiteres auf die aktuelle Fassung abgestellt werden kann. Demgegenüber wurde der ehemalige Art. 67 Abs. 1 Bst. c AuG, nach dem ein Einreiseverbot gegenüber einer Person verhängt werden konnte, welche ausgeschafft worden war, im Zuge der Gesetzes-

revision gestrichen. Dies geschah mit der Begründung, es müsse fortan gestützt auf den neuen Art. 67 Abs. 1 AuG „in diesen Fällen grundsätzlich immer ein Einreiseverbot verhängt werden“ (BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 2 in fine). Der neue Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG ist demnach im vorliegenden Fall grundsätzlich ebenfalls anwendbar. Aufgrund des Rückwirkungsverbots hat dies jedoch mit dem Vorbehalt zu geschehen, dass die erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung ins Gesetz aufgenommene starke Einschränkung des Entschliessungsermessens nicht vorgenommen werden darf (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 1 AuG).

3.3 Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot bildet eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe 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 unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch 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. 12 und 13 mit Hinweisen). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Es ist daher gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalls eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss in erster Linie das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. dazu ausführlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-820/2009 vom 9. März 2011 E. 5 mit Hinweisen).

4.

4.1 Die Vorinstanz begründete das Einreiseverbot damit, dass der Beschwerdeführer am 13. Januar 2010 in Ausschaffungshaft genommen und am 14. Januar 2010 nach Slowenien ausgeschafft worden war. Dieser Sachverhalt wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. In Bezug auf den angerufenen Fernhaltegrund der Ausschaffungshaft (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG) geht aus den Akten jedoch nicht hervor, dass eine entsprechende Verfügung erlassen wurde. Ordnungsgemäss schriftlich verfügt wurde offenbar lediglich die gestützt auf Art. 73 Abs. 1 Bst. a AuG am 12. Januar 2010 erfolgte kurzfristige Festhaltung zur Eröffnung des Asyl- und Wegweisungsentscheids. In Bezug auf die am Folgetag angeordnete Ausschaffungshaft enthalten die Akten einzig ein mit dem Titel „Ausschaffungsauftrag“ versehenes Fax-Schreiben des Migrationsamtes an die Zu-

ger Polizei. Darin wird ausgeführt, dass „die unterzeichnete Behörde gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 4 des AuG die Anordnung der Ausschaffungshaft“ verfüge. Eine solche Verfügung hätte jedoch dem Beschwerdeführer schriftlich eröffnet werden müssen (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Wird eine Verfügung überhaupt nicht oder trotz vorgeschriebener Schriftlichkeit bloss mündlich eröffnet, vermag sie keinerlei Rechtswirkungen zu entfalten (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 14 zu Art. 38). Falls die Ausschaffungshaft – dies ist aufgrund der Aktenlage wahrscheinlich – nicht schriftlich verfügt wurde, durfte sich die Vorinstanz folglich beim Erlass des angefochtenen Einreiseverbots nicht auf den in Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG verankerten Fernhaltegrund der Ausschaffungshaft stützen.

4.2 Weshalb die Akten keine schriftliche Verfügung der Ausschaffungshaft enthalten, kann vorliegend offen bleiben. Das Einreiseverbot lässt sich auf die aktenmässig erstellte und unbestrittene Tatsache stützen, dass der Beschwerdeführer ausgeschafft worden ist (vgl. Art. 67 Abs. 1 Bst. c AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011 unter Vorbehalt der Nichtreduktion des Entschliessungsermessens, vorne E. 3.2). Dass die Ausschaffungshaft allenfalls nicht schriftlich verfügt wurde, ändert nichts daran, dass sich die angefochtene Verfügung auf den Fernhaltegrund der erfolgten Ausschaffung stützt. Die zuständige Behörde kann gemäss der Regelung des Art. 69 Abs. 1 Bst. b AuG Ausländerinnen und Ausländer ausschaffen, wenn deren Wegweisung sofort vollzogen werden kann. Dieser Ausschaffungsgrund setzt nicht voraus, dass zuvor eine Ausschaffungshaft angeordnet wurde. Demnach liegt ein Sachverhalt vor, der die Verhängung einer Fernhaltmassnahme grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.

5.

5.1 Zu prüfen bleibt, ob die 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, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 613 ff.).

5.2 Der Beschwerdeführer weigerte sich am 13. Januar 2010 ausdrücklich, freiwillig in das zur Behandlung seines Asylgesuchs zuständige Slowenien auszureisen. In der Folge wurde er in Ausschaffungshaft genommen und ausgeschafft. Daraus lässt sich entsprechend der gesetzlichen Regelung (Art. 67 Abs. 1 Bst. c AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011) eine ungünstige Prognose ableiten. Aus dem manifestierten Verhalten des Beschwerdeführers wird auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung geschlossen. Die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen ist damit nicht zu beanstanden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass den ausländerrechtlichen Normen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung grundsätzlich eine zentrale Bedeutung zukommt. Namentlich das generalpräventiv motivierte Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist als gewichtig zu betrachten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2771/2010 vom 3. Februar 2012 E. 6.1). Nach dem Gesagten besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers.

5.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei gutgläubig in die Schweiz eingereist und habe alle Vorschriften beachtet, all dies in der Hoffnung, aufgrund seiner Notlage Asyl zu erhalten. Diese Vorbringen sind grundsätzlich nachvollziehbar. Das dargelegte öffentliche Interesse fällt jedoch stark ins Gewicht und überwiegt das persönliche Interesse an der Aufhebung des Einreiseverbots. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer nach Slowenien (Mitgliedstaat der Europäischen Union) überstellt wurde, ist auf die geltend gemachte Gefährdung im Heimatstaat schon deshalb nicht einzugehen, weil das Einreiseverbot keine Entfernungs-, sondern eine Fernhaltungsmassnahme darstellt. Zum Einwand, dass sich der Beschwerdeführer in der Schweiz an alle Vorschriften gehalten habe, ist festzuhalten, dass das Einreiseverbot keine Sanktion darstellt, sondern der Vorbeugung befürchteter künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dient. Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen führt zum Ergebnis, dass das auf drei Jahre befristete Einreiseverbot sowohl vom Grundsatz her als auch in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Es liegen keine besonderen Gründe vor, die es rechtfertigen würden, in diesem Fall von

einem Einreiseverbot abzusehen oder die von der Vorinstanz verfügte Dauer zu reduzieren.

5.4 Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das verhängte Einreiseverbot sowohl im Grundsatz als auch hinsichtlich seiner Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

6.

Die angefochtene Verfügung ist nach dem Gesagten im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang würde der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 Satz 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]). Da ihm jedoch mit Zwischenverfügung vom 16. Februar 2010 die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, ist er von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit (vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG).

Dispositiv S. 10

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])
- Das Migrationsamt des Kantons Zug (Ref.-Nr. [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Ruth Beutler

Kilian Meyer

Versand: