



Abteilung III
C-949/2012

Urteil vom 5. Juli 2013

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richter Jean-Daniel Dubey,
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

Parteien

A. _____,
Zustelladresse: X. _____ SA, Genève,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (brasilianischer Staatsangehöriger, geb. 1959) wurde am 20. Dezember 2011 am Zürcher Flughafen bei der Ausreise einer Kontrolle unterzogen. Dabei wurde festgestellt, dass er am 15. April 2011 via Paris in den Schengen-Raum eingereist war und sich demnach über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus dort aufgehalten hatte. Gegenüber der Polizei erklärte er, er sei mit seinen Geschäftspartnern nach Frankreich gereist, wo er sich aufgehalten habe, bis er am 22. Oktober 2011 in die Schweiz gekommen sei. Im Rahmen der Einvernahme durch die Polizei wurde ihm das rechtliche Gehör bezüglich des Erlasses einer Fernhaltemassnahme gewährt; er äusserte sich nicht explizit dazu.

B.

Aufgrund dieses Sachverhalts verhängte die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. Dezember 2011 gegen den Beschwerdeführer ein bis zum 19. Dezember 2014 geltendes Einreiseverbot. Durch die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (nachfolgend: SIS) hat das Einreiseverbot Wirkung für den gesamten Schengen-Raum.

C.

Wegen fahrlässigem widerrechtlichem Aufenthalt im Schengen-Raum über den Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts von 90 Tagen hinaus (d.h. vom 14. Juli bis zum 20. Dezember 2011) verurteilte das Statthalteramt Bülach den Beschwerdeführer mit Strafbefehl vom 30. Januar 2012 zu einer Busse von Fr. 350.-.

D.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 14. Februar 2012 beantragt der Beschwerdeführer sinngemäss die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 28. Dezember 2011. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an, er sei beruflich im Finanzsektor tätig und Inhaber einer Firma mit Sitz in der Schweiz. Der zu lange Aufenthalt im Schengen-Raum beruhe auf einem rein administrativen Versehen. Er habe sich auf die Gründung der Firma und die Eröffnung von Bankkonten sowie auf Kundenkontakte konzentriert. Dabei habe er es versäumt, sich über die rechtlichen Bedingungen für seinen Aufenthalt zu informieren. Er beabsichtige, mit den Migrationsbehörden in Bern und Genf sowie den Steuerbehörden seinen Aufenthalt und die Finanzprobleme zu regeln, um weiterhin Geschäfte von Genf aus führen zu können.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 27. April 2012 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie hält an der Begründung der angefochtenen Verfügung fest und führt ergänzend aus, dass die vom Beschwerdeführer beschriebene Geschäftstätigkeit Hinweise enthalte, die auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeit hindeuteten. Ein entsprechendes Gesuch sei zu keinem Zeitpunkt eingereicht worden.

F.

Von der Möglichkeit, sich zur Vernehmlassung der Vorinstanz zu äussern, machte der Beschwerdeführer keinen Gebrauch.

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 richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (vgl. 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 ans Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermes-

sens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren 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 sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/43 E. 6.1, BVGE 2011/1 E. 2 und BVGE 2007/41 E. 2).

3.

3.1 Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG sieht vor, dass das BFM ein Einreiseverbot gegen ausländische Personen erlassen kann, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt, es sei denn, die betroffene Person stelle eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar (vgl. Art. 67 Abs. 3 AuG). Schliesslich kann die Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG).

3.2 Das Einreiseverbot ist eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, hier 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., 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 u.a. vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf die Umstände des Einzelfalls ist eine Prognose zu stellen. Ausgangspunkt ist dabei naturgemäss in erster Linie das vergangene Verhalten der betroffenen Person (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-820/2009 vom 9. März 2011 E. 5.2 mit Hinweisen).

3.3 Nach Massgabe der Art. 21 und Art. 24 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), Abl. L 381 vom 28. Dezember 2006, S. 4-23 (nachfolgend SIS-II-VO) – die per 9. April 2013 die in den hier relevanten Punkten gleichlautenden Art. 94 und Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ), Abl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62 abgelöst haben (vgl. den Beschluss des Rates 2013/158/EU vom 7. März 2013, Abl. L 87 vom 27. März 2013, S. 10-11 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 SIS-II-VO) – wird ein Einreiseverbot gegen Drittstaatsangehörige im Sinne von Art. 3 Bst. d SIS-II-VO nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS ausgeschrieben. Die Ausschreibung bewirkt grundsätzlich, dass der Person die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Mitgliedstaaten verboten ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. d und Art. 13 Abs. 1 Schengener Grenzkodex [SGK], Abl. L 105 vom 13. April 2006, S. 1-32). Die Mitgliedstaaten können einer solchen Person aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet gestatten bzw. ihr ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit ausstellen (vgl. Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 Bst. c SGK sowie Art. 25 Abs. 1 Bst. a [ii] Visakodex, Abl. L 243 vom 15. September 2009).

4.

4.1 Die Vorinstanz begründet das Einreiseverbot mit dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer mehr als 30 Tage über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus illegal im Schengen-Raum aufgehalten habe. Dies stelle gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung einen ernstzunehmenden Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar.

4.2 Ausländische Personen, die in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, bedürfen für einen Aufenthalt von bis zu 3 Monaten innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten nach der Einreise keiner Bewilligung; sie sind auch nicht verpflichtet, sich anzumelden (vgl. Art. 10 AuG und Art. 9 VZAE). Die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AuG müssen während der gesamten Zeit des bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein (vgl. Art. 9 Abs. 2 VZAE). An die maximale Aufenthaltsdauer von 3 Monaten ist nicht nur der Aufenthalt in der Schweiz, sondern auch derjenige in anderen Staaten des Schengen-Raums anzurechnen. Dies ergibt sich aus dem Vorrang des Schengen-Rechts (vgl. Art. 2 Abs. 4 AuG) und der Tatsache, dass sich im Anwendungsbereich des Schengen-Rechts Angehörige von Drittstaaten, die von der Visumpflicht befreit sind, höchstens

drei Monate innerhalb einer Frist von sechs Monaten – vom Datum der ersten Einreise an gerechnet – im Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten frei bewegen dürfen, sofern die Einreisevoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 20 SDÜ).

4.3 Der Beschwerdeführer hielt sich unbestrittenermassen vom 15. April 2011 bis zum 20. Dezember 2011, d.h. während insgesamt 280 Tagen, im Schengen-Raum auf. Er hat die für einen bewilligungsfreien Aufenthalt zulässige Dauer von 90 Tagen damit um 170 Tage (wovon 59 Tage in der Schweiz) überschritten, ohne sich anzumelden bzw. die erforderliche Bewilligung einzuholen (vgl. Art. 10 Abs. 2 AuG bzw. Art. 12 AuG). Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, die Rechtsordnung verletzt zu haben. Er macht jedoch geltend, dies sei nicht absichtlich, sondern durch Nachlässigkeit geschehen.

Dieses Vorbringen erscheint angesichts der Gesamtumstände nicht glaubhaft. Einerseits ist der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben Inhaber der Firma X. _____ SA mit Sitz in Genf. Andererseits hielt er sich nicht das erste Mal in Europa und damit im Schengen-Raum auf. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass sein derzeit gültiger Reisepass am 30. Juni 2010 in Brüssel ausgestellt wurde. Ferner geht aus der Änderung des Handelsregistereintrags der X. _____ SA vom 20. Mai 2011 hervor, dass er über ein Domizil in Luxemburg verfügt. Diese Umstände deuten auf eine enge Beziehung zu Europa und einer damit verbundenen regen Reise- und Geschäftstätigkeit hin. Diese setzen notwendigerweise eine Auseinandersetzung mit der schweizerischen Rechtsordnung voraus, wobei nicht nur die Modalitäten zur Übernahme und Führung einer Firma dazugehören, sondern ebenso die Regelungen betreffend Aufenthalt und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach Schengen- bzw. schweizerischem Recht. Vor diesem Hintergrund ist es nicht glaubhaft, wenn der Beschwerdeführer sich sinngemäss auf den Standpunkt stellt, er habe nicht gewusst, dass es zeitliche Einschränkungen für den Aufenthalt in Europa gibt. Dies umso mehr, als er eine führende Position in der Firma innehat und überdies – mangels gegenteiliger Hinweise in den Akten – nur schwer vorstellbar ist, dass ein acht Monate dauernder Aufenthalt ohne vorherige Planung und Abklärungen zustande kommt.

Im Übrigen genügt es, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltpflichtverletzung zugerechnet werden kann, was hier unzweifelhaft der Fall ist. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein

Absehen von einer Fernhaltemassnahme dar. Jedem Ausländer und jeder Ausländerin obliegt es, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Stelle zu informieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6834/2011 vom 29. August 2012 E. 4.2 mit Hinweis). Im Weiteren ist, wie die Vorinstanz in plausibler Weise in ihrer Vernehmlassung ausführte, davon auszugehen, dass die in der Schweiz ausgeübte Geschäftstätigkeit der Bewilligungspflicht unterlegen hätte (für die Beurteilung des Aufenthalts in anderen Schengen-Staaten fehlt es an der Zuständigkeit der Schweizer Behörden). Der Beschwerdeführer hat sich nicht zu diesem Vorhalt geäußert, obwohl ihm Gelegenheit dazu gegeben wurde (vgl. Sachverhalt Bst. F).

4.4 Durch den Aufenthalt in verschiedenen Schengen-Staaten, darunter auch die Schweiz, über die bewilligungsfreie Dauer hinaus und die Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz, ohne über die notwendige Bewilligung zu verfügen, hat der Beschwerdeführer gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und damit Anlass für eine Fernhaltemassnahme gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gegeben.

5.

5.1 Es bleibt somit zu prüfen, 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 zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen vorzunehmen. 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 Das Einreiseverbot hat in erster Linie präventiven Charakter, indem es einem weiteren rechtswidrigen Aufenthalt entgegenwirkt. Den ausländerrechtlichen Normen kommt im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zu. Namentlich das generalpräventiv motivierte Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist gewichtig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_948/2011 vom 11. Juli 2012 E. 3.4.2 am Ende). Überdies liegt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin,

die betroffene Person zu ermahnen, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise in die Schweiz nach Ablauf der Dauer des Einreiseverbots die für sie geltenden Regeln einzuhalten (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2771/2010 vom 3. Februar 2012 E. 6.1).

5.3 Der Beschwerdeführer hielt sich nach Ablauf der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer bis zu seiner Ausreise am 20. Dezember 2012 während rund 5 Monaten rechtswidrig im Schengen-Raum auf. Zudem ging er einer Geschäftstätigkeit nach, für die er in der Schweiz eine Bewilligung benötigt hätte. Wie bereits angedeutet, kann er sich dabei nicht auf ein administratives Versehen berufen, wie er es selbst nennt. Vielmehr muss er sich vorhalten lassen, dass er sich als Manager einer in der Schweiz eingetragenen Firma während insgesamt acht Monaten in Europa aufgehalten hat, ohne sich um die rechtlichen Modalitäten seines Aufenthalts zu kümmern. Er macht dabei nicht geltend, der Aufenthalt habe sich unerwartet über die bewilligungsfreie Zeit hinaus verlängert. Es ist daher davon auszugehen, dass von vornherein ein Aufenthalt von dieser Dauer geplant war, so dass die Pflichtverletzung als schwerwiegend anzusehen ist. Aus diesem Verhalten des Beschwerdeführers in der Vergangenheit ist ohne Weiteres auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Zukunft zu schliessen. Es besteht somit ein erhebliches öffentliches Interesse an der befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers.

5.4 Der Beschwerdeführer bringt als privates Interesse seine geschäftliche Tätigkeit vor. Er beabsichtigt, Kapital in die Schweiz zu bringen und Arbeitsplätze zu schaffen. Um seine Geschäfte in Zukunft von Genf aus führen zu können, strebt er eine Beilegung der Streitigkeiten sowohl mit den Migrationsbehörden als auch mit den Steuerbehörden an.

5.5 Die überwiegend als Absichtserklärung formulierten Interessen an einer geschäftlichen Tätigkeit des Beschwerdeführers in der Schweiz sind in ihrer Vagheit nicht geeignet, das erhebliche öffentliche Interesse an der befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers aufzuwiegen. Die Anwesenheit des Beschwerdeführers zur Ausübung seiner Geschäftstätigkeit in Europa erscheint insbesondere angesichts der heutigen Kommunikationsmittel nicht unumgänglich, zumal er – soweit aus den Akten ersichtlich – bisher kein Suspensionsgesuch gestellt hat. Was die Dauer des Einreiseverbots anbelangt, müssten 3 Jahre angesichts der Praxis als unverhältnismässig angesehen werden, würde – wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung – ausschliesslich auf die Überschreitung des be-

willigungsfreien Aufenthalts abgestellt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-1385/2012 vom 14. September 2012, C-6834/2011 vom 29. August 2012, C-4654/2011 vom 27. August 2012, C-4454/2011 vom 27. August 2012, C-3247/2011 vom 6. März 2012, C-5835/2010 vom 9. Dezember 2011). Da der Beschwerdeführer jedoch, wie von der Vorinstanz auf Vernehmlassungsstufe ergänzend vorgebracht, überdies einer Geschäftstätigkeit nachgegangen ist, für die er eine Bewilligung benötigt hätte, erscheint die verfügte Dauer von 3 Jahren verhältnismässig und angemessen.

6.

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung ferner die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS angeordnet. Der Beschwerdeführer ist brasilianischer Staatsangehöriger und damit Drittstaatsangehöriger im Sinne von Art. 3 Bst. d SIS-II-VO. Aufgrund der Ausschreibung im SIS ist es ihm untersagt, den Schengen-Raum zu betreten. Der darin liegende Eingriff wird durch die Bedeutung des Falles gerechtfertigt (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO). Dies gilt umso mehr, als die Schweiz im Geltungsbereich des Schengen-Rechts die Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten zu wahren hat (vgl. BVGE 2011/48 E. 6.1). Wie erwähnt, bleibt es den Schengen-Staaten unbenommen, der ausgeschriebenen Person bei Vorliegen besonderer Gründe die Einreise ins eigene Hoheitsgebiet zu gestatten (vgl. auch Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Voraussetzungen für die Ausschreibung des Einreiseverbots sind demnach erfüllt.

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung vor dem Hintergrund von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG).

(Dispositiv S. 10)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer auf-
erlegt. Sie sind durch den einbezahlten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...]) zurück

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Ruth Beutler

Barbara Kradolfer

Versand: