



Abteilung III
C-99/2011

Urteil vom 29. Oktober 2012

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Marie-Chantal May Canellas, Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiberin Mirjam Angehrn.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Dr. iur. Corinne Saner, Rechtsanwältin,
Römerstrasse 14, Postfach 748, 4603 Olten,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1993) ist serbischer Staatsangehöriger. Er lebt mit seiner Mutter und einer Schwester in Serbien. Anfang November 2010 reiste er mit einem biometrischen Reisepass in die Schweiz ein und besuchte seinen Vater und Bruder.

B.

Mit Jugendverfügung der Jugendanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 7. Dezember 2010 wurde der Beschwerdeführer wegen Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs und Diebstahls von fünf Sturmgewehren mit einem Freiheitsentzug von vier Wochen bedingt bestraft. Die Probezeit wurde auf ein Jahr festgesetzt. Gleichentags wurde der Beschwerdeführer in Ausschaffungshaft versetzt. Zwei Tage später erfolgte die Ausschaffung nach Serbien.

C.

Am 8. Dezember 2010 erliess die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot, gültig ab 9. Dezember 2010 bis zum 8. Dezember 2015. Die Massnahme wurde damit begründet, dass der Betroffene wegen Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs und Diebstahls von fünf Sturmgewehren gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe und dieselbe gefährde. Einer allfälligen Beschwerde entzog die Vorinstanz vorsorglich die aufschiebende Wirkung. Zusätzlich wurde der Beschwerdeführer im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben.

D.

Mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 5. Januar 2011 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Einreiseverbots, eventualiter die angemessene Reduktion desselben. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um unentgeltliche Rechtspflege. Er bringt im Wesentlichen vor, er sei nicht wegen Widerhandlung gegen das Waffengesetz verurteilt worden. Die fünf Sturmgewehre seien vom Unrechtsgehalt des Diebstahls als miterfasst angesehen worden. Verletzt seien demnach hochrangige, aber nicht höchstrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben. Sein älterer Bruder habe ihn zu diesem Einbruch animiert. Er habe sich lediglich aus Loyalität gegenüber seinem Bruder daran beteiligt, habe er sich die entwendeten Gewehre doch nicht angeeignet, sondern anschliessend unter Bäumen bzw. Büschen versteckt. Da er minderjährig sei, sei ihm zuzubilligen, dass seine Persönlichkeitsentwicklung noch

nicht abgeschlossen sei. Es könne davon ausgegangen werden, dass er aus den Folgen seiner Tat Lehren gezogen habe und sich künftig rechtskonform verhalten werde. Er lebe zwar in Serbien, möchte jedoch den Kontakt mit seinem in der Schweiz lebenden Vater weiterhin im Rahmen von regelmässigen Besuchen in der Schweiz pflegen. Ein Einreiseverbot von fünf Jahren sei angesichts der gesamten Umstände als unverhältnismässig anzusehen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 17. Mai 2011 lehnte das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. September 2011 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

G.

Der Beschwerdeführer machte von seinem Recht auf Replik keinen Gebrauch.

H.

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, welches 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 Verfügungsbetroffener legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 49 ff. VwVG).

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 und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren 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 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2 und Urteil des BVGer A-2682/2007 vom 7. Oktober 2010 E. 1.2 und 1.3).

3.

Hinsichtlich der als Beweismassnahme beantragten gerichtlichen Befragung des Vaters des Beschwerdeführers bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege kann festgehalten werden, dass diese mit Ablehnung des Gesuchs vom 17. Mai 2011 grundsätzlich hinfällig geworden ist. Die Behörde kann auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweis). Überdies handelt es sich bei der Zeugeneinvernahme gemäss Art. 14 VwVG um ein subsidiäres Beweismittel; eine solche darf – der besonderen Voraussetzungen und Folgen wegen – nur ausnahmsweise angeordnet werden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4426/2009 vom 19. Juni 2012 E. 3.1).

4.

4.1 Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 [AuG, SR 142.20]) gebunden ist, 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) normalerweise im 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]).

4.2 Der Beschwerdeführer ist nicht Bürger eines Schengenstaates, weshalb das fragliche Einreiseverbot im SIS ausgeschrieben wurde (Art. 96 SDÜ). Das in Art. 25 SDÜ vorgesehene Konsultationsverfahren regelt, wann der ausschreibende Vertragsstaat die Einreiseverweigerung gegenüber einem Drittstaatsangehörigen im SIS wieder löscht. Dies wäre dann der Fall, wenn ein anderes Schengenland dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltserlaubnis erteilte oder zusicherte. Ein solcher Aufenthaltstitel wird aber nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe erteilt, insbesondere wegen humanitärer Erwägungen oder infolge internationaler Verpflichtungen (Art. 25 SDÜ; vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4342/2010 vom 9. Mai 2011 E. 3.2). Einzelfallweise bestehen weitere Lockerungsmöglichkeiten (bezogen auf Einreisen in die Schweiz siehe beispielsweise die Möglichkeit der Suspension des Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 5 AuG). Vorliegend wurde die Schweiz von keiner anderen Vertragspartei konsultiert und der Beschwerdeführer besitzt derzeit auch kein Aufenthaltsrecht in einem Schengenstaat. Die Ausschreibung im SIS erfolgte daher zu Recht.

5.

5.1 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 wegge-

wiesenen 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 der Dauer von Fernhaltemassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. Botschaft vom 18. November 2009 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie [Richtlinie 2008/115/EG] [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands] und über eine Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer [Automatisierte Grenzkontrolle, Dokumentenberaterinnen und Dokumentenberater, Informationssystem MIDES] [BBI 2009 S. 8896]) weswegen sich für den Beschwerdeführer im Ergebnis nichts ändert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3304/2009 vom 18. Januar 2012 E. 5.1 mit Hinweis).

5.2 Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre ist das Einreiseverbot keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern 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, BBI 2002 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG (welcher der alten Fassung von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG entspricht) bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (BBI 2002 3809; vgl. auch RAINER J. SCHWEI-

ZER/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). 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 unter anderem dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. 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. BBI 2002 3813).

5.3 Mit Jugendverfügung der Jugendanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 7. Dezember 2010 wurde der Beschwerdeführer wegen Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs und Diebstahls von fünf Sturmgewehren mit einem Freiheitsentzug von vier Wochen bedingt bestraft. Die Probezeit wurde auf ein Jahr festgesetzt. Aufgrund dessen kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und damit einen Fernhaltegrund gesetzt hat.

6.

6.1 Es bleibt 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 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 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 613 ff.).

6.2 Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers wiegt objektiv nicht leicht. Der Beachtung von Strafnormen kommt im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zu. Das generalpräventiv motivierte Interesse, die geltende rechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis gegenüber fehlbaren ausländischen Personen zu schützen, ist ganz allgemein als gewichtig zu betrachten. Miteinzubeziehen sind die Deliktsmehrheit sowie die Art des Diebesgutes. Auch

was die subjektive Seite anbelangt, lässt sich das Verhalten des Beschwerdeführers keineswegs bagatellisieren, ist doch aufgrund der gesamten Begleitumstände von einem bewussten Vorgehen auszugehen. So war er nicht lediglich Mitläufer, wie vorgebracht wird, sondern besprach zusammen mit seinem Bruder den Einbruch und entwickelte dabei eine erhebliche kriminelle Energie. Zudem gab er die Taten erst zu, als sein Bruder bereits gestanden hatte (vgl. Protokoll des Haftgerichts vom 22. November 2010, S. 1ff.). Kommt hinzu, dass er bereits kurz nach der Einreise schon straffällig wurde. Der Beschwerdeführer hat sich demnach bewusst über die geltende Rechtsordnung hinweggesetzt. Somit ist dem öffentlichen Interesse an einer längeren Fernhaltung grosses Gewicht beizumessen.

6.3 An persönlichen Interessen bringt der Beschwerdeführer vor, er möchte den Kontakt mit seinem in der Schweiz lebenden Vater weiterhin im Rahmen von regelmässigen Besuchen in der Schweiz pflegen. Ein Einreiseverbot von fünf Jahren sei angesichts der gesamten Umstände als unverhältnismässig anzusehen.

6.4 Die Wirkung des Einreiseverbots besteht nicht darin, dass dem Beschwerdeführer während dessen Geltungsdauer Besuchsaufenthalte bei ihm nahe stehenden Personen in der Schweiz schlichtweg untersagt wären. Es steht ihm vielmehr die Möglichkeit offen, aus wichtigen Gründen mittels Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhalte-massnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Suspension wird aber praxisgemäss nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3304/2009 vom 18. Januar 2012 E. 7.2 in fine mit Hinweis). Dem Beschwerdeführer stehen zudem diverse Mittel der Kommunikation offen, um mit seiner Familie in der Schweiz in Kontakt zu bleiben (Briefverkehr, Videotelefonie, Telefonate oder durch Reisen seiner Angehörigen in den Aufenthaltsstaat des Beschwerdeführers).

6.5 Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das auf fünf Jahre befristete Einreiseverbot auch im gegenwärtigen Zeitpunkt unter Berücksichtigung der gängigen Praxis in vergleichbaren Fällen eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Ordnung darstellt.

7.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

8.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1, 2 und 3 Bst. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

9.

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Antonio Imoberdorf

Mirjam Angehrn

Versand: