



Abteilung VI
F-1768/2018

Urteil vom 15. Oktober 2018

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Urs Jehle, Caritas Schweiz,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Beschwerdeführer (geb. 1975, eritreischer Staatsangehöriger) reiste am 10. Dezember 2014 in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Da sich im Rahmen des Verfahrens herausstellte, dass er von Italien als Flüchtling anerkannt worden war und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte, wurde am 18. März 2015 auf das Gesuch nicht eingetreten. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer gestützt auf die Dublin-Regelungen nach Italien weggewiesen. Dieser Entscheid wurde vom Bundesverwaltungsgericht [...] bestätigt.

A.b Mit Schreiben vom 28. Dezember 2015 ersuchten der Beschwerdeführer und seine Ehefrau (geb. 1989, eritreische Staatsangehörige) bei der Vorinstanz um Einbezug des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau (Asylakten [nachfolgend Akten SEM B] B30/3).

A.c Am 10. Februar 2016 gewährte das Amt für Migration des Kantons Schwyz (nachfolgend: Migrationsamt) dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu einem allfälligen Einreiseverbot (Vorakten [nachfolgend: Akten SEM] 4/S. 19) und führte mit ihm ein Ausreisegespräch in Sachen Dublin-Verfahren (Akten des Migrationsamts [nachfolgend: kantonale Akten] S. 103 - 104).

A.d Die Vorinstanz wies das Gesuch um Einbezug des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft der Ehefrau mit Verfügung vom 11. Februar 2016 ab. Gleichzeitig stellte die Vorinstanz fest, dass die (Wegweisungs-)Verfügung vom 18. März 2015 rechtskräftig und vollstreckbar sei (Akten SEM B/nicht paginiert).

B.

B.a Der Beschwerdeführers ersuchte die Vorinstanz mit Schreiben vom 3. März 2016 darum, auf den Erlass eines Einreiseverbots zu verzichten bzw. ein bereits erlassenes wieder aufzuheben (Akten SEM 2/S. 15 - 16).

B.b Mit Schreiben vom 22. März 2016 teilte die Vorinstanz dem Rechtsvertreter mit, dass kein Einreiseverbot bestehe und die zuständigen kantonalen Behörden auch keinen Antrag auf Prüfung und Erlass eines solchen eingereicht hätten. Der Beschwerdeführer könne sich anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem allfälligen Einreiseverbot ausführlich äussern und seinen Rechtsvertreter hinzuziehen (Akten SEM 3/S. 18).

C.

Am 29. März 2016 beantragte das Migrationsamt der Vorinstanz den Erlass eines Einreiseverbots gegen den Beschwerdeführer (Akten SEM 4/S. 20).

D.

Mit Verfügung vom 29. März 2016 verhängte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot für die Dauer vom 1. April 2016 bis 31. März 2019 für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein und ordnete die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS) an. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

E.

Am 30. März 2016 wurde der der Beschwerdeführer zwecks Sicherstellung der Wegweisung festgenommen (kantonale Akten S. 160 - 162) und am 1. April 2016 den italienischen Behörden übergeben (kantonale Akten S. 176).

F.

Am 28. Februar 2018 wurde dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz gestützt auf das Einreiseverbot verweigert. Ihm wurde gegen Unterschrift das Formular „Eröffnung eines Einreiseverbots“ ausgehändigt (Akten SEM 6/S. 36).

G.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 23. März 2018 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Einreiseverbots. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Verfahrensführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG. Im Weiteren ersuchte er um eine Nachfrist von 30 Tagen zur erneuten Stellungnahme nach Erhalt der bei der Vorinstanz angeforderten Akten. Zur Begründung bringt er vor, es sei aus in seiner familiären Situation liegenden humanitären Gründen auf den Erlass eines Einreiseverbots zu verzichten.

H.

Mit Verfügung vom 28. März 2018 wurde die Vorinstanz zur Vernehmlassung eingeladen. Sie wurde ersucht, sich insbesondere zur Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der angefochtenen Verfügung und zu einer möglichen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu äussern.

I.

Dieser Aufforderung kam die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 11. April 2018 nach. Darin räumt sie Verfahrensfehler ein, da sowohl die Gewährung des rechtlichen Gehörs am 10. Februar 2016 als auch die Eröffnung der angefochtenen Verfügung am 29. März 2018 (recte: 2016) nicht via Rechtsvertreter erfolgt seien. Im Übrigen beantragt sie die Abweisung der Beschwerde und den Verzicht auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 24. April 2018 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verfahrensführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und verzichtete darauf, die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen wiederherzustellen. Zudem lud er den Beschwerdeführer ein, eine Replik einzureichen.

K.

Der Beschwerdeführer hält in seiner Replik vom 9. Mai 2018 fest, das Einreiseverbot sei als nichtig zu erachten, eventualiter sei es aufzuheben und subeventualiter sei die Fernhaltmassnahme auf zwei Jahre zu verkürzen.

L.

Der Vorinstanz wurde mit Verfügung vom 14. Mai 2018 die Replik zur freigestellten Stellungnahme zugestellt. Sie liess sich innert Frist nicht vernehmen.

M.

Mit Schreiben vom 12. Juli 2018 drängte der Beschwerdeführer auf einen raschen Entscheid oder auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Eine Antwort erfolgte am 27. Juli 2018.

N.

Neben den Vorakten zog das Bundesverwaltungsgericht die den Beschwerdeführer betreffenden Akten des Kantons Schwyz sowie die Asylakten bei.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Vom SEM erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).

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

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.4 Fraglich ist, ob mit der Rechtsmitteleingabe vom 23. März 2018 die Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG eingehalten ist, da die angefochtene Verfügung das Datum 29. März 2016 (mit dem Zusatz: Duplikat vom 30. März 2016) trägt (Akten SEM 5/S. 23). In den Akten findet sich zwar eine Empfangsbestätigung, die vermutlich aus dieser Zeit stammt. Sie ist jedoch weder datiert noch vom Beschwerdeführer unterschrieben. Sie enthält lediglich den Vermerk „Hr. A. _____ hat mir mitgeteilt, dass der Anwalt ein Schreiben nach Bern gesendet hat, mit der Bitte das ERV zu erlassen“ (Akten SEM 5/S. 21). Dieser Vermerk genügt nicht, um auf eine rechtsgültige Eröffnung der Verfügung zu jenem Zeitpunkt zu schliessen. Damit trägt die Vorinstanz die Folgen des fehlenden Beweises für eine rechtsgültige Eröffnung im Jahre 2016 (vgl. PATRICIA EGLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 17 zu Art. 20 VwVG). Folglich ist davon auszugehen, dass die Verfügung dem Beschwerdeführer am 28. Februar 2018 eröffnet wurde, als er in die Schweiz einreisen wollte. Mit Einreichung der Rechtsmitteleingabe am 23. März 2018 gilt die Beschwerdefrist von 30 Tagen somit als gewahrt. Ob die Eröffnung der Verfügung am 28. Februar 2018 den Anforderungen von Art. 38 VwVG genügt, ist keine Frage der Sachurteilsvoraussetzungen und wird daher weiter unten geprüft (vgl. E. 4). Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt (vgl. Art. 52 VwVG) sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

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

2.

Mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des

rechtserheblichen Sachverhaltes und 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 m.H.).

3.

Vorab sind die auf Replikebene erhobenen formellen Rügen des Beschwerdeführers zu prüfen.

3.1 Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Replik vom 9. Mai 2018 dem Gericht, die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Durch die mangelhafte Eröffnung sei ihm nicht nur die Möglichkeit versagt, sich via seinen Rechtsvertreter erneut im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu äussern, sondern auch der Zugang zur gerichtlichen Überprüfung verwehrt worden. Auch eine nachträgliche Eröffnung bzw. Heilung am 28. Februar 2018 sei wiederum fehlerhaft erfolgt, da die Verfügung erneut lediglich dem Beschwerdeführer und nicht dem Rechtsvertreter zugestellt worden sei. Der Beschwerdeführer habe anlässlich der fehlerhaften Eröffnung ausdrücklich auf seine Rechtsvertretung hingewiesen, womit den kantonalen Behörden die Rechtsvertretung hätte bekannt sein müssen. Weshalb nicht zumindest eine Mitteilung an die Rechtsvertretung erfolgte, sei unklar, zumal die Vorinstanz nun sinngemäss angebe, dass sie die Argumentation des Schreibens vom 3. März 2016 in der Antwort vom 22. März 2016 gewürdigt und in die Entscheidung einbezogen habe, weshalb auf das rechtliche Gehör verzichtet worden sei.

3.2 Diese Argumentation bezieht sich auf zwei Aspekte, die getrennt zu behandeln sind: Zum einen wird eine *Eröffnungsfehler* gerügt, da die angefochtene Verfügung dem Beschwerdeführer selbst eröffnet wurde, obwohl das Vertretungsverhältnis aktenkundig gewesen sei (vgl. E. 4). Zum anderen wird eine *Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör* gerügt, da die Vorinstanz den Beschwerdeführer vor Erlass der Verfügung nicht angehört habe (vgl. E. 5).

4.

4.1 Zunächst ist zu prüfen, wie es sich mit dem geltend gemachten Eröffnungsmangel verhält (vgl. Art. 38 VwVG).

4.2 Verfügungen, die mit Fehlern behaftet sind, sind im Allgemeinen anfechtbar und nur ausnahmsweise nichtig (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1089, 1096 ff.). Damit von Nichtigkeit auszugehen ist, muss die Verfügung einen besonders schweren Mangel aufweisen, der offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist. Überdies darf die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1098 m.H.). Als Mängel, die zur Nichtigkeit einer Verfügung führen, werden u.a. auch *schwerwiegende* Eröffnungsfehler angesehen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1119 ff.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 3 zu Art. 38 VwVG).

4.3 Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Verfügung dem Beschwerdeführer erst rechtsgültig eröffnet wurde, als er am 28. Februar 2018 in die Schweiz einreisen wollte (vgl. E. 1.4). Den Ausführungen des Beschwerdeführers (vgl. E. 3.1) ist insoweit beizupflichten, als die Verfügung ihm selbst und nicht seinem Rechtsvertreter eröffnet wurde (vgl. Art. 11 Abs. 3 VwVG), obwohl das Vertretungsverhältnis und auch dessen Gültigkeit für das Verfahren betreffend Einreiseverbot schon damals aus den Akten hervorging (Akten SEM B13/11, B30/3, 2/S. 15 - 16). Diesen Umstand räumt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 11. April 2018 auch ein. Allerdings handelt es sich hierbei – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – nicht um einen *schwerwiegenden* Eröffnungsmangel, der die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben könnte (vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, a.a.O., N 12 zu Art. 38 VwVG). Zudem ist dem Beschwerdeführer angesichts des oben in E. 1.4 Gesagten aus der mangelhaften Eröffnung kein Rechtsnachteil erwachsen; insbesondere wurde ihm nicht die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung genommen, wie er geltend macht. Der Eröffnungsmangel bleibt somit ohne Folgen (vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, a.a.O., N 7 zu Art. 38 VwVG).

5.

5.1 Sodann ist zu prüfen, ob eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegt (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV).

5.2 Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in Art. 29 ff. VwVG für das Bundesverwaltungsverfahren konkretisierte Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör umfasst unter anderem das Recht der Parteien, vor Erlass der Verfügung angehört zu werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Ferner hat die Behörde die Pflicht, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der

Parteien zu würdigen, bevor sie verfügt (Art. 32 Abs. 1 VwVG), und ihre Verfügung zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Der Anspruch auf vorgängige Anhörung der Betroffenen besteht vornehmlich in Bezug auf die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N 20 zu Art. 30 VwVG).

5.3 Wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, so führt dies grundsätzlich zur Aufhebung des formell mangelhaften Entscheides. Das Bundesgericht lässt es jedoch zu, solche Verfahrensfehler im Rechtsmittelverfahren zu heilen bzw. das Versäumte nachzuholen. Dies setzt voraus, dass die Verletzung nicht besonders schwerwiegend ist und der Betroffene die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen berechtigt ist. Des Weiteren dürfen dem Betroffenen durch die Heilung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N 114 ff. zu Art. 29 VwVG; BGE 142 II 218 E. 2.8 m.H.)

5.4 Die Vorinstanz räumt zwar in ihrer Vernehmlassung vom 11. April 2018 insofern eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ein, als dem Beschwerdeführer selbst das rechtliche Gehör zum Erlass einer Fernhalte-massnahme gewährt wurde und nicht via den Rechtsvertreter. Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass aufgrund der Eingabe des Rechtsvertreters vom 3. März 2016 keine weitere Einladung, sich vor Erlass eines Einreiseverbots zu äussern, notwendig gewesen sei.

5.5 Tatsächlich hat es die Vorinstanz unterlassen, den Beschwerdeführer via seinen Rechtsvertreter vor Erlass ihrer Verfügung anzuhören, wie es in Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 VwVG vorgesehen ist. Dies erscheint umso stossender, als sie dem Beschwerdeführer genau dieses Vorgehen nur eine Woche vorher zugesichert hatte (Akten SEM 3/S. 18). Überwiegende öffentliche Interessen, die für eine zeitliche Dringlichkeit gesprochen hätten, sind nicht ersichtlich. Es ist somit von einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auszugehen.

Allerdings sind vorliegend die Voraussetzungen für eine Heilung des Verfahrensmangels als erfüllt anzusehen. Zunächst wurde der Beschwerdeführer vom Migrationsamt am 10. Februar 2016 auf ein mögliches Einreiseverbot aufmerksam gemacht (Akten SEM 4/S. 19). Dort machte er, wenn auch in Abwesenheit seines Rechtsvertreters, familiäre Gründe für einen Verbleib in der Schweiz geltend. Sodann hat sich der Rechtsvertreter im

Namen des Beschwerdeführers am 3. März 2016 inhaltlich zur Frage des Erlasses eines Einreiseverbots geäußert (Akten SEM 2/S. 15-16). Insgesamt ist somit nicht von einer besonders schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auszugehen. Überdies konnte sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ausreichend äussern (Beschwerdebegründung, Replik). Sodann verfügt das Bundesverwaltungsgericht über die gleiche Prüfungsbefugnis wie die Vorinstanz (vgl. E. 2). Wird der Verfahrensmangel als geheilt angesehen, so entstehen dem Beschwerdeführer überdies keine Nachteile. Vielmehr wird dadurch seinem Interesse, möglichst rasch einen Entscheid zu erhalten (vgl. Eingabe vom 12. Juli 2018), Rechnung getragen. Der Verfahrensfehler ist jedoch bei der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen (vgl. BVGE 2017 I/4 E. 3; Urteil des BVGer A-2366/2018 vom 24. Mai 2018 E. 4.3 m.H.).

6.

6.1 Die Rechtsgrundlage für den Erlass von Einreiseverboten durch die Vorinstanz findet sich in Art. 67 Abs. 1 - 3 sowie 5 AuG und lautet folgendermassen:

¹Das SEM verfügt unter Vorbehalt von Absatz 5 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn:

- a. die Wegweisung nach Artikel 64d Absatz 2 Buchstaben a-c sofort vollstreckt wird;
- b. diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind.

²Es kann Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die:

- a. gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden;
- b. Sozialhilfekosten verursacht haben;
- c. in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75-78) genommen worden sind.

³Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

⁴(...)

⁵Die verfügende Behörde kann ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben. Dabei sind namentlich die Gründe, die zum Einreiseverbot geführt haben, sowie der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und die Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber den

privaten Interessen der betroffenen Person an einer Aufhebung abzuwägen."

6.2 Das Institut des Einreiseverbots dient grundsätzlich der Abwehr künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709 [nachfolgend: Botschaft] S. 3813). Bei den in Art. 67 Abs. 1 AuG aufgeführten Einzeltatbeständen kommt der Vorinstanz nur beschränktes Entschliessungsermessen zu (vgl. Urteil des BVGer F-3554/2016 vom 13. Januar 2017 E. 5.1 m.H.). Hingegen liegt der Entscheidung, ob bei Vorliegen der in Art. 67 Abs. 2 AuG genannten Tatbestände ein Einreiseverbot zu erlassen ist, im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz.

6.3 Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG knüpft unmittelbar an vergangenes Verhalten des Betroffenen an, wobei die Gefahrenabwehr durch *Generalprävention* im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten anderer Rechtsgenossen im Vordergrund steht (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.). Die *Spezialprävention* im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten des Betroffenen selbst kommt zum Tragen, soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG als alternativer Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Betroffenen selbst nennt. Ob eine solche Gefährdung vorliegt, ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalles im Sinne einer Prognose zu beurteilen, die sich in erster Linie auf das vergangene Verhalten des Betroffenen abstützen muss.

6.4 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 (vgl. Botschaft S. 3809). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 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. Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. Botschaft S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss in erster Linie

das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer C-3072/2014 vom 3. Februar 2016 E. 3.2. m.H.).

6.5 Wird gegen eine Person, die nicht Staatsangehörige eines Schengen-Mitgliedstaates ist (Drittstaatangehörige), ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung, ABl. L 381/4 vom 28.12.2006).

7.

7.1 Der Beschwerdeführer hält fest, von ihm gehe keine Gefahr der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus. Nachdem sowohl die Beschwerde gegen die Wegweisung als auch das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlings-eigenschaft der Ehefrau abgewiesen worden seien, sei er freiwillig nach Italien zurückgekehrt. Ebenso könne, nachdem die Vorinstanz selbst die Eröffnung des Einreiseverbot vom 29. März 2016 als nicht rechtsgenügend erachtet habe, die erneute Einreise in die Schweiz nicht zu seinen Ungunsten ausgelegt werden. Ein Verstoss gegen die gebotene Sorgfalt sei weder der Rechtsvertretung noch dem Beschwerdeführer anzulasten. Aufgrund des klaren Wortlauts des Schreibens der Vorinstanz vom 22. März 2016 habe der Rechtsvertreter dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. März 2016 mitgeteilt, dass gegen ihn kein Einreiseverbot ergangen sei. Sowohl der Beschwerdeführer als auch der Rechtsvertreter hätten auf die Zusicherung der Vorinstanz vom 22. März 2016 vertrauen dürfen.

7.2 Die Vorinstanz stellt sich in ihrer Vernehmlassung vom 9. Mai 2018 hingegen auf den Standpunkt, es bestehe eine genügende Grundlage für den Erlass eines Einreiseverbots. Der Beschwerdeführer habe nicht unerhebliche, von der öffentlichen Hand zu tragende Kosten verursacht, indem er ein (aussichtsloses) Asylverfahren eingeleitet habe, um so die gesetzlichen Bestimmungen über den Familiennachzug zu umgehen. Kosten seien auch im Rahmen der zwangsweisen Rücküberstellung nach Italien entstanden. Zudem habe der Beschwerdeführer die angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten. Der Vollzug der Wegweisung habe deshalb durch die Anordnung von Haft und die Ausschaffung sichergestellt werden müssen. Ausserdem habe er mit der erneut beabsichtigten Einreise eine allfällige Verletzung der Einreisebestimmungen in Kauf genommen. Auch wenn die Eröffnung des Einreiseverbots am 29. März 2018 (recte: 29. März 2016) nicht rechtsgenügend erfolgt sei und die Beschwerdefrist damit wohl nicht zu laufen begonnen habe, hätte dem Beschwerdeführer zumindest die

Möglichkeit bewusst sein müssen, dass gegen ihn eine Fernhaltemassnahme bestehen könnte. Es wäre ihm dementsprechend zumutbar gewesen, vor einer erneuten Einreise in die Schweiz sich bei den Behörden zu erkundigen.

8.

8.1 Sowohl in der angefochtenen Verfügung als auch in der Vernehmlassung erwähnt die Vorinstanz Art. 67 Abs. 1 *Bst. b und c* AuG. Letzterer Buchstabe ist im Gesetz nicht enthalten. Aus der Begründung der angefochtenen Verfügung ist zu schliessen, dass die Vorinstanz sich auf Art. 67 Abs. 1 *Bst. b* AuG stützt.

8.2 Aus den Akten ergibt sich in dieser Hinsicht folgendes Bild: Der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 18. März 2015 angewiesen, am Tag nach Rechtskraft dieses Entscheides die Schweiz in Richtung Italien zu verlassen (vgl. Akten SEM B18/6). Die Rechtskraft trat mit Urteil des BVGer [...] ein. Danach reichte der Beschwerdeführer am 28. Dezember 2015 ein Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau ein; darin ersuchte er um Aussetzung jeglicher Vollzugshandlungen (Akten SEM B30/3). Darauf ging die Vorinstanz erst in der Verfügung vom 11. Februar 2016 ein, mit der sie das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft abwies und die Verfügung vom 18. März 2015 für vollstreckbar erklärte (Akten SEM B/nicht paginiert). Spätestens ab diesem Zeitpunkt musste dem Beschwerdeführer bewusst gewesen sein, dass er unverzüglich auszureisen hätte. Aufgrund seines Aufenthaltsstatus in Italien als anerkannter Flüchtling mit Aufenthaltsbewilligung gültig bis 20. Januar 2020 (vgl. Akten SEM 6/S. 24 – 29) wäre es ihm grundsätzlich möglich gewesen, selbständig dorthin zurückzukehren. Die Vorinstanz hat das Einreiseverbot somit im Ergebnis zu Recht auf Art. 67 Abs. 1 *Bst. b* AuG abgestützt.

8.3 Im Weiteren stützt sich die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung auf Art. 67 Abs. 2 *Bst. b* AuG, wonach ein Einreiseverbot auch ausgesprochen werden kann, wenn Sozialhilfekosten verursacht wurden. Gemäss den kantonalen Akten haben sich die Kosten für die angeordnete Ausschaffungshaft sowie die Begleitung an die Grenze auf eine Pauschale von insgesamt Fr. 800.- belaufen (kantonale Akten S. 177 f., S. 181 f.). Im Weiteren ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer in der Zeit von der Einreichung des Asylgesuchs bis zur Ausreise zunächst mit Sozialhilfe und vom 11. Dezember 2015 an mit Nothilfe unterstützt wurde (vgl. kantonale

Akten S. 113). Somit sind grundsätzlich auch die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG erfüllt.

8.4 Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer sich vorwerfen lassen muss, gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen zu haben, was gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG ebenfalls Anlass für ein Einreiseverbot geben kann. Dieser Verstoss besteht darin, dass er 2014 in der Schweiz um Asyl nachsuchte, obwohl er bereits in Italien entsprechenden Schutz gefunden hatte. Seine damalige Einreise in die Schweiz zu diesem Zweck war deshalb rechtswidrig. Zudem hat der Beschwerdeführer immer wieder deutlich zu verstehen gegeben, die Schweiz wegen seiner Familie nicht verlassen zu wollen, weshalb von ihm auch in Zukunft die Gefahr der Missachtung der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften ausgeht. Entsprechend kann auch gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG ein Einreiseverbot angeordnet werden.

8.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mehrere der in Art. 67 AuG vorgesehenen Gründe der Vorinstanz Anlass gaben, ein Einreiseverbot zu erlassen. Hinzu kommt, dass sich nach Erlass der angefochtenen Verfügung auch die Voraussetzungen Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG verwirklicht haben, da der Beschwerdeführer am 30. März 2016 in Ausschaffungshaft genommen und am 1. April 2016 gestützt auf die Dublin-Regelungen an die italienischen Behörden überstellt werden musste. Dies ist bei der vorliegenden Beurteilung mitzuberoücksichtigen (vgl. E. 2 am Ende).

9.

Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Bei der Anwendung von Art. 67 Abs. 1 AuG ist grundsätzlich ein Einreiseverbot zu erlassen. Nur in Ausnahmefällen kann davon abgesehen werden (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Festlegung der Dauer des Einreiseverbots innerhalb des gemäss Art. 67 Abs. 3 AuG zulässigen zeitlichen Rahmens liegt ungeachtet des Anlasses für den Erlass des Einreiseverbots im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Im Vordergrund steht dabei das Prinzip der Verhältnismässigkeit, das eine wertende Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den beeinträchtigten Interessen des Betroffenen verlangt. Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten (Art. 96 AuG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

10.

Aufgrund des in E. 8 Ausgeführten ist vorliegend von einem gewichtigen, sowohl generalpräventiv als auch spezialpräventiv begründeten öffentlichen Interesse (vgl. E. 6.3) an der befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers auszugehen.

11.

11.1 Als private Interessen bringt der Beschwerdeführer vor, seine Ehefrau lebe mit den drei gemeinsamen Kindern (geb. 2006, 2007 und 2015) in der Schweiz. Das Einreiseverbot beeinträchtigt das Kindeswohl und die Aufrechterhaltung des Ehelebens. Zudem sei die Dauer des Einreiseverbots von drei Jahren gemäss der Rechtsprechung zu lang.

11.2 Mit dieser Begründung beruft sich der Beschwerdeführer sinngemäss auf die Garantie des Schutzes des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 3 KRK. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nicht um ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz geht. Die vom Beschwerdeführer beanstandeten Beeinträchtigungen des Familien- und Privatlebens sind daher vorliegend nur soweit rechtserheblich, als sie unmittelbar auf das Einreiseverbot zurückzuführen sind. Entscheidend ist demnach, ob die durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkten Beeinträchtigungen des Familienlebens vor Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV standhalten. Aus den Akten sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach ein Einreiseverbot das Familienleben derart beeinträchtigt, dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV resultiert. Dem Beschwerdeführer war bzw. ist es während der Dauer des Einreiseverbots möglich, den Kontakt zu seiner in der Schweiz lebenden Familie mittels moderner Kommunikationsmittel aufrechtzuerhalten. Das Einreiseverbot als solches beeinträchtigt sein Interesse an einem von staatlichen Eingriffen ungestörten Familienleben nur soweit, als er für Einreisen in die Schweiz eine Suspension einholen muss (Art. 67 Abs. 5 AuG). Der Beschwerdeführer hat demzufolge ein erhebliches Interesse an (be-willigungsfreien) Besuchen bei seiner Familie in der Schweiz.

11.3 Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. In Anbetracht des Verhaltens des Beschwerdeführers und der dargetanen privaten Interessen ist die verfügte Dauer von drei Jahren zu lang (vgl. etwa Urteil des BVGer

F-6530/2016 vom 7. September 2017 E. 10.5 m.H.). Dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers wird mit einem Einreiseverbot von zwei Jahren hinreichend Rechnung getragen.

12.

Mit dem auf drei Jahre bemessenen Einreiseverbot verletzte die Vorinstanz Bundesrecht (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf zwei Jahre, d.h. bis zum 31. März 2018, zu befristen.

13.

13.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wären dem Beschwerdeführer grundsätzlich die ermässigten Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG sind vorliegend jedoch keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG).

13.2 Dem Beschwerdeführer ist für das teilweise Obsiegen sowie aufgrund des Verfahrensmangels (vgl. E. 5.5) eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 VGKE). In der Beschwerdeschrift nennt der Beschwerdeführer einen Gesamtaufwand von Fr. 387.- (Aufwand 2 Stunden à Fr. 180.- + MWST) und weist auf eine allfällige Anpassung des Betrages hin, sollten weitere Eingaben erforderlich sein. Die Replik vom 9. Mai 2018 enthält jedoch ebenso wenig Hinweise auf den zusätzlichen Aufwand wie die Eingabe vom 12. Juli 2018. Die (ermässigte) Entschädigung ist daher auf Grund der Akten auf Fr. 400.- festzulegen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot bis zum 31. März 2018 befristet.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 400.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] und N [...] zurück)
- das Amt für Migration des Kantons Schwyz

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Kayser

Barbara Kradolfer

Versand: