



## **Urteil vom 22. Mai 2017**

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richter Daniele Cattaneo,  
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,  
Gerichtsschreiberin Jacqueline Moore.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Kaspar Noser, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

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

A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer; geb. 1971), ein kosovarischer Staatsangehöriger, reiste Ende Dezember 1991 in die Schweiz ein und ersuchte erfolglos um Asyl, wurde indessen am 13. Mai 1993 nachträglich wegen unzumutbaren Vollzugs der Wegweisung vorläufig aufgenommen. Am 30. April 1998 wurde die vorläufige Aufnahme aufgehoben und die Rückführung in seinen Heimatstaat am 15. März 2000 vollzogen (vgl. kant.-Akt. 208/209).

**B.**

Einen Tag vor seiner Ausschaffung ehelichte der Beschwerdeführer eine in der Schweiz niedergelassene Landsfrau (geb. 1979) und sicherte sich damit den Aufenthalt in der Schweiz. Aus der Ehe sind zwei Kinder (geb. 2000 und 2002) hervorgegangen.

**C.**

Während seiner Anwesenheit hierzulande trat der Beschwerdeführer verschiedentlich strafrechtlich in Erscheinung, woraufhin die Vorinstanz am 30. September 2004 gegen ihn ein zehnjähriges Einreiseverbot verhängte, welches mit Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 1. November 2006 auf fünf Jahre, d.h. bis zum 29. September 2009, reduziert wurde. Während dieses laufenden Einreiseverbots stellte der Beschwerdeführer mehrere Male ein Gesuch um Suspension desselben – letztmals am 10. Juni 2009 – welches ihm am 26. Juni 2009 für die Dauer vom 4. Juli 2009 bis zum 4. August 2009 wiederum gewährt wurde.

**D.**

Daraufhin reiste der Beschwerdeführer am 7. Juli 2009 auf dem Luftweg in die Schweiz ein. Den Ausreisetermin (4. August 2009) liess er aus persönlichen Gründen absichtlich verstreichen und verblieb bei seiner Familie in der Schweiz.

**E.**

Anlässlich einer Kontrolle der Kantonspolizei Schwyz am 13. April 2016 wurde der Beschwerdeführer festgenommen und dabei festgestellt, dass er sich seit fast sieben Jahren rechtswidrig in der Schweiz aufhalte. Im Rahmen der polizeilichen Einvernahme wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör in Bezug auf eine allfällige Entfernungs- und Fernhalte-massnahme gewährt. Am darauffolgenden Tag (am 14. April 2016) erliess das Amt für Migration des Kantons Schwyz eine Wegweisungsverfügung

und setzte ihm eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis zum 18. April 2016.

**F.**

Weiter wurde der Beschwerdeführer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft March, Lachen SZ vom 15. April 2016 wegen Vergehens gegen das Ausländergesetz (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG; SR 142.20) rechtskräftig zu sechs Monaten bedingt, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, verurteilt.

**G.**

Gestützt auf diesen Sachverhalt verhängte das SEM mit Verfügung vom 15. April 2016 gegen den Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung brachte es vor, anlässlich der Inlandkontrolle durch die Kantonspolizei Schwyz sei festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer weder ein gültiges Reisepapier noch ein Visum oder einen Aufenthaltstitel eines Schengen-Mitgliedstaates habe vorweisen können und damit gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung ein ernstzunehmender Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG vorliege. Die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Ausführungen vermöchten ebenfalls keinen anderen Entscheid zu rechtfertigen. Gleichzeitig wurde angeordnet, dass das Einreiseverbot zu einer Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) führte und damit ein Einreiseverbot für den gesamten Schengen-Raum bewirkte.

**H.**

Der Beschwerdeführer reiste am 18. April 2016 fristgerecht aus.

**I.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 17. Mai 2016 liess der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben mit dem Antrag, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben, eventualiter sei die Dauer des Einreiseverbots angemessen herabzusetzen. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, das Einreiseverbot verletze Art. 8 EMRK und Art. 13 BV, da sie (die Vorinstanz) es vollständig unterlassen habe, die familiären Verhältnisse des Beschwerdeführers zu würdigen. Zudem habe der Beschwerdeführer als Ehegatte einer niederlassungsberechtigten Person grundsätzlich Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Das Einreiseverbot betreffe auch die beiden Söhne des Beschwerdeführers direkt und diese hätten gestützt auf Art. 12

des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (nachfolgend: Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107) einen Anspruch, vor Gericht zur Sache angehört zu werden. Des Weiteren machte er geltend, dass er auch kroatischer Staatsangehöriger sei und legte als Beweis eine auf ihn am 30. August 1991 durch die Sozialistische Republik Kroatien ausgestellte „Osobna Karta“ zu den Akten. Gleichzeitig beantragte er die gerichtliche Abklärung durch eine Anfrage bei der kroatischen Botschaft in Bezug auf seine kroatische Staatsangehörigkeit. Schliesslich sei auch die Ausschreibung im SIS zu löschen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht liess er um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverteidigung ersuchen.

#### **J.**

Mit Zwischenverfügung vom 1. Juni 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie bzgl. der Botschaftsanfrage ab, hingegen gab es jenem um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverteidigung mit Zwischenverfügung vom 24. August 2016 statt.

#### **K.**

Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung vom 20. September 2016 aus, die vom Beschwerdeführer behauptete kroatische Staatsangehörigkeit sei weder belegt noch ersichtlich und selbst wenn er als solcher gelten würde, könnte er sich nicht auf das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681) berufen, weshalb sie sich weiterhin für die Abweisung der Beschwerde ausspreche.

#### **L.**

Replikweise machte der Beschwerdeführer am 28. September 2016 geltend, dass er vollumfänglich an seinen Anträgen festhalte und die Vorinstanz das Einreiseverbot rein formal und pauschal begründet habe. Die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers und seiner Familienangehörigen seien überhaupt nicht beachtet worden. Weiter habe es die Vorinstanz unterlassen, sich mit den rechtserheblichen Beschwerdepunkten zu befassen, womit ein weiterer Mangel vorliege.

#### **M.**

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den nachfolgenden 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). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

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

### **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts 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 des Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

### **3.**

Vorweg ist auf die Rüge des Beschwerdeführers einzugehen, dass die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt habe, indem sie das Einreiseverbot rein formal und pauschal begründet und es im Rahmen der Vernehmlassung unterlassen habe, sich mit den rechtserheblichen Beschwerdepunkten auseinanderzusetzen. Alsdann seien auch die Kinder des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 12 KRK nicht angehört worden.

**3.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Garantien (vgl. etwa MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 202 ff., MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 846 ff.). Eine davon ist die Begrün-

dungspflicht (Art. 35 VwVG), welche der rationalen und transparenten Entscheidungsfindung der Behörden dient und die Betroffenen in die Lage versetzen soll, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Die Behörde hat daher kurz die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sie sich leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Je weiter der Entscheidungsspielraum, je komplexer die Sach- und Rechtslage und je schwerwiegender der Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen (vgl. zum Ganzen BGE 137 II 266 E. 3.2; 136 I 229 E. 5.2; BVGE 2012/24 E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., 2013, N 629 ff.).

**3.2** Die Begründung der angefochtenen Verfügung ist zwar knapp und summarisch gehalten, es geht daraus aber ohne Weiteres hervor, aus welchem Grund die Vorinstanz ein dreijähriges Einreiseverbot erlassen hat, verweist sie doch explizit auf den illegalen Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz seit seiner Nichtwiederausreise im August 2009. Ohne Belang ist dabei, dass sie sich nicht mit allen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat, da dem Beschwerdeführer gestützt auf die am 13. April 2016 im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Aussagen („Wenn ich ein Einreiseverbot erhalte, dann wird das meine Familie zerreißen oder auseinander brechen“ und „Mit einem Einreiseverbot könnte ich meine Familie gar nicht mehr besuchen“) ersichtlich genug gewesen ist, warum die Vorinstanz entsprechend verfügt hat (vgl. dazu FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHENK, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar VwVG*, 2. Aufl. 2016, Art. 35 N 17 ff. und 27). Der Beschwerdeführer war damit durchaus in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten.

**3.3** Auch was die Rüge der Verletzung von Art. 12 KRK angeht, teilt das Gericht die Ansicht des Beschwerdeführers nicht.

Wohl vermittelt Art. 12 KRK Kindern einen konventionsrechtlichen Anspruch auf Anhörung in allen sie berührenden Angelegenheiten. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts muss sich dieser Anspruch vernünftigerweise auf Verfahren beschränken, in denen persönlichkeitsrelevante essentielle eigene Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiel stehen (Urteil des BGer 2A.423/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 5.3). Der Anspruch nach Art. 12 KRK setzt in erster Linie voraus, dass das Kind fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden. Die Anhörung ist ein Persönlichkeitsrecht

des Kindes; sie muss nicht notwendigerweise in jedem Fall mündlich erfolgen, sondern es kann genügen, wenn der Standpunkt des Kindes sonst wie in tauglicher Weise, zum Beispiel durch eine Eingabe seines Vertreters, Eingang in das Verfahren gefunden hat (vgl. Urteil des BGer 5A\_463/2013 vom 26. September 2013 E. 4.1 m.H.), wovon vorliegend auszugehen ist.

**3.4** Die erhobene Rüge der Gehörsverletzung erweist sich demnach als unbegründet.

#### **4.**

**4.1** Gestützt auf Art. 67 AuG kann das SEM gegenüber weggewiesenen ausländischen Personen ein Einreiseverbot verfügen, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a–c AuG sofort vollstreckt wird oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert Frist nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. a und b AuG). Sodann kann es nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a–c AuG Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. Es kann für eine längere Dauer verhängt 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 ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

**4.2** Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten dar, sondern 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, S. 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 die der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O., 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, a.a.O., 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 F-8376/2015 vom 19. Dezember 2016 E. 3.2. m.H.).

**4.3** Einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG begeht demnach auch, wer Normen des Ausländerrechts zuwiderhandelt. Dabei genügt es, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltemassnahme dar. Es obliegt jeder Ausländerin und jedem Ausländer, sich über die hiesigen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Behörde zu informieren (vgl. statt vieler Urteil des BVGer F-5736/2015 vom 6. Januar 2017 E. 5.3 m.H.). In casu hat sich der Beschwerdeführer gar bewusst über die ausländerrechtlichen Normen hinweg gesetzt (vgl. SEM-Akt. S. 83).

## 5.

Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU besitzt (Drittstaatangehörige), ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS II zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II-VO], Abl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006). Die Ausschreibung bewirkt grundsätzlich, dass der Person die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Mitgliedstaaten verboten ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 [kodifizierter Text] über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener-Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23. März 2016]). Die Mitgliedstaaten können dem Betroffenen aus wichtigen Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise gestatten bzw. ihm ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit ausstellen (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG]

Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex], Abl. L 243/1 vom 15. September 2009 i.V.m. Art. 5 Abs. 6 SGK; Art. 25 Abs. 1 Bst. a Ziff. ii Visakodex]). Es bleibt dem Beschwerdeführer unbenommen, gegebenenfalls ein solches zu beantragen.

## **6.**

**6.1** Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer in ihrer Verfügung vom 15. April 2016 vor, er habe anlässlich einer Inlandkontrolle weder ein gültiges Reisedokument noch ein Visum oder einen Aufenthaltstitel eines Schengen-Mitgliedstaates vorweisen können. Damit liege gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung ein ernstzunehmender Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG vor.

**6.2** Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b SGK müssen Drittstaatangehörige über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und über ein Visum verfügen, sofern dies erforderlich ist. Von der Visumpflicht befreit sind Personen, die Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels eines Schengen-Staates sind oder über ein Visum zum längerfristigen Aufenthalt verfügen. Diese Dokumente müssen bei Kontrollen vorgewiesen werden können (vgl. Art. 8 SGK). Wird bei einer Kontrolle festgestellt, dass ein Drittstaatangehöriger die Voraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt, wird sein Aufenthalt als illegal angesehen (vgl. Art. 3 Ziff. 2 der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG vom 16. Dezember 2008, Abl. L 348/98 vom 24. Dezember 2008).

**6.3** Anlässlich der Inlandkontrolle vom 13. April 2016 durch die Kantonspolizei Schwyz wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer am 7. Juli 2009 mit einem vom 6. Juli 2009 bis zum 4. August 2009 für die Schweiz gültigen Visums eingereist war, um seine Ehefrau und die beiden gemeinsamen Söhne zu besuchen. Dieses Besuchervisum wurde dem Beschwerdeführer gestützt auf ein am 10. Juni 2009 gestelltes Gesuch um Suspension des laufenden Einreiseverbots (vgl. Bst. C) mit Suspensionsverfügung vom 26. Juni 2009 ausgestellt. Der Beschwerdeführer gab während der polizeilichen Einvernahme vom 13. April 2016 zu Protokoll, dass er am letzten Tag, als er hätte abreisen müssen, dies nicht getan habe, weil seine Frau und die Kinder so traurig gewesen seien und geweint hätten, und ihn dies auch traurig gemacht habe. Er habe dann beschlossen, bei seiner Familie zu bleiben um seine Kinder aufwachsen zu sehen.

**6.4** Der Einwand des Beschwerdeführers, er sei auch kroatischer Staatsangehöriger und er verfüge über eine sog. „Osobna Karta“ (Personalausweis; datiert vom 30. August 1991) wird auf Beschwerdeebene erstmals vorgebracht. Dabei stellte der den Antrag um gerichtliche Abklärung durch eine Anfrage bei der kroatischen Botschaft unter Vorlage des erwähnten und zu den Akten gelegten Personalausweises. Der Beschwerdeführer wurde mit Zwischenverfügung vom 1. Juni 2016 des Bundesverwaltungsgerichts darauf hingewiesen, dass es – insbesondere wenn es um so persönliche Dinge wie Zivilstand oder Staatangehörigkeit gehe – an ihm selbst liege, diesbezügliche Abklärungen (auch im Sinne von Art. 12 und 13 VwVG) vorzunehmen, weshalb dem Beweisantrag um Durchführung einer Botschaftsanfrage seitens des Gerichts nicht stattgegeben worden ist. Bis zum heutigen Zeitpunkt sind weder der Vorinstanz noch dem Gericht entsprechende Beweismittel nachgereicht worden.

**6.5** Da der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Kontrolle somit weder über einen gültigen Aufenthaltstitel noch über ein zur Einreise in die Schweiz berechtigendes Visum verfügte (vgl. dazu [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Einreise und Aufenthalt > kurzfristiger Aufenthalt > Drittstaatsangehörige > Anhang 1, Liste 1: Ausweis- und Visumsvorschriften nach Staatsangehörigkeit > Kosovo; Version vom 1. Januar 2017), ist sein Aufenthalt als rechtswidrig zu bezeichnen. Der Beschwerdeführer hat durch seinen knapp sieben Jahre andauernden rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz einen hinreichenden Grund für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme gesetzt.

## **7.**

**7.1** Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 2 AuG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, der eine wertende Abwägung zwischen den berührten privaten und öffentlichen Interessen verlangt. Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 AuG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

**7.2** Der Beschwerdeführer hielt sich – wie oben ausgeführt – während knapp sieben Jahren rechtswidrig in der Schweiz auf. Eigenen Angaben zufolge hatte er die Schweiz seit seiner bewilligten Einreise am 7. Juli 2009

nicht mehr verlassen, obwohl die Suspension des damals bestehenden Einreiseverbots nur bis zum 4. August 2009 gültig gewesen war. Anstatt fristgerecht auszureisen, hat sich der Beschwerdeführer bewusst über die Rechtsordnung hinweggesetzt und es vorgezogen, bei seiner Familie in der Schweiz zu bleiben. Somit kann objektiv gesehen nicht von einem leichten Fehlverhalten ausgegangen werden, besteht doch an der Einhaltung der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften ein gewichtiges öffentliches Interesse. Dabei liegt insbesondere ein generalpräventiv motiviertes Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers vor, dies auch im Sinne einer kontinuierlichen Praxis. Zudem ist eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin zu sehen, dass sie den Betroffenen ermahnt, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise in die Schweiz nach Ablauf der Dauer des Einreiseverbots die für ihn geltenden Regeln einzuhalten (vgl. Urteil des BVGer F-8376/2015 E. 6.2). Es besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers.

**7.3** Auch subjektiv gesehen ist das Verhalten des Beschwerdeführers nicht zu bagatellisieren, hat er doch durch seinen jahrelangen illegalen Aufenthalt arg gegen die ausländerrechtlichen Bestimmungen verstossen. Gemäss eigenen Aussagen war er sich seines rechtswidrigen Aufenthaltes in der Schweiz durchaus bewusst (SEM-Akt. S. 83), er habe jedoch in der Nähe seiner in der Schweiz niederlassungsberechtigten Ehefrau (seit 1991) und seinen seit deren Geburt niederlassungsberechtigten Söhnen bleiben wollen. Er habe sich während der sieben Jahre um den Haushalt und die Kinder gekümmert, sodass seine Ehefrau 100% habe arbeiten und damit vollumfänglich für den Lebensunterhalt der Familie habe aufkommen können. Abgesehen vom Delikt des rechtswidrigen Aufenthaltes habe er sich tadellos verhalten.

**7.4** Damit verweist der Beschwerdeführer mit Bezug auf seine privaten Interessen insbesondere auf seine familiären Beziehungen in der Schweiz, womit er sich auf das Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK und Art. 13 BV beruft.

**7.4.1** Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nachteile sind jedoch in erster Linie darauf zurückzuführen, dass er in der Schweiz kein Aufenthaltsrecht hat. Die dadurch bewirkte Einschränkung des Privat- und Familienlebens kann hier aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein. Wie das Gericht zudem bereits in seiner Zwischenverfügung vom 1. Juni 2016 fest-

hielt, ist für eine allfällige neue Bewilligung im Rahmen des Familiennachzugs der Kanton zuständig, wobei das Einreiseverbot im Falle einer Bewilligungserteilung aufzuheben wäre (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.3.4 m.H.). Ausserdem ist erneut darauf hinzuweisen, dass ein Kanton die Behandlung eines entsprechenden Familiennachzugsgesuchs nicht mit dem Hinweis auf ein bestehendes Einreiseverbot verweigern darf, da die Frage der Aufenthaltsregelung einem Entscheid über die Fernhaltungsmassnahme vorgeht (vgl. dazu Urteil des BGer 2C\_956/2014 vom 21. August 2015 E. 5.2). Die Pflege des regelmässigen und kontinuierlichen Kontakts zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau bzw. seinen beiden Söhnen scheidet somit bereits an der fehlenden Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz.

Es stellt sich deshalb vorliegend einzig die Frage, ob die über die Verweigerung hinausgehende, durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkte Erschwernis vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV standhält.

**7.4.2** Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass er durch seinen langjährigen (illegalen) Aufenthalt in der Schweiz eine enge Beziehung zu seiner Ehefrau und seinen Söhnen hat aufbauen und leben können womit er wesentliche Lebensinteressen in der Schweiz geltend machen kann, die grundsätzlich unter den Schutz von Art. 8 Ziff. 1 bzw. Art. 13 Abs. 1 BV fallen. Das Gericht verkennt auch nicht, dass der Beschwerdeführer durch seinen (illegalen) Aufenthalt wesentlich zum Familienleben beigetragen hat. Zu bemerken ist jedoch, dass erst durch diesen (illegalen) Aufenthalt die enge Beziehung zu den Kindern hat aufgebaut werden können. Des Weiteren kann auch nicht von einer erfolgreichen Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz gesprochen werden, denn die Beachtung der Rechtsordnung bildet ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Integrationsleistung (vgl. dazu etwa Art. 4 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern [VIntA; SR 142.205]). Der Beschwerdeführer musste damit rechnen, dass er mit seinem rechtswidrigen Verhalten dem Wohlergehen der Familie und namentlich dem der Kinder, für die er als Elternteil die Verantwortung trägt, in hohem Masse schadet. Dies hielt ihn jedoch nicht davon ab, sich fast sieben Jahre illegal in der Schweiz aufzuhalten, weshalb der Beschwerdeführer aus der engen Beziehung zu seinen Söhnen nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

**7.4.3** Trotz der genannten Einschränkungen und Relativierungen ist nicht zu verkennen, dass das Einreiseverbot den Beschwerdeführer und seine

in der Schweiz lebende Familie erheblich trifft. Jedoch ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass seine Besuchsaufenthalte in der Schweiz (angesichts des fehlenden Aufenthaltsrechts) den für den Schengen-Raum geltenden Visabestimmungen unterliegen (vgl. hierzu BVGE 2014/1 E. 4.2 – 4.5 m.H.). Damit kann er wie in E. 6.5 bereits ausgeführt aufgrund seiner Staatsangehörigkeit ohnehin nur mit einem Visum in die Schweiz bzw. in den Schengen-Raum einreisen. Dem Beschwerdeführer steht es im Weiteren nach wie vor offen, die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Im Übrigen sollten auch gegenseitige Besuche ausserhalb des Schengen-Raums und namentlich im Kosovo, dem Heimatland des Beschwerdeführers, möglich sein. Mit der pauschalen Behauptung des Beschwerdeführers im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 13. April 2016, seine Ehefrau könne als Roma nicht in den Kosovo reisen, da diese dort diskriminiert würden und sie deshalb Angst hätte (vgl. SEM-Akt. 107), vermag diese Annahme jedenfalls nicht ernsthaft in Frage zu stellen. Schliesslich können die Eheleute sowie die Kinder den Kontakt auch mittels Telefons oder anderer moderner Kommunikationsmittel aufrechterhalten. Die durch das Einreiseverbot erwirkte Erschwerung des Ehe- und Familienlebens, soweit ein solches mangels eines dauerhaften Aufenthaltsrechts überhaupt möglich ist, begründet somit zwar ein privates Interesse an der Aufhebung bzw. an der Beschränkung der Dauer des Einreiseverbots, wurde jedoch bei der Festlegung desselben durch die Vorinstanz bereits ausreichend berücksichtigt.

**7.5** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dieser Umstand das öffentliche Interesse an einer längerfristigen Fernhaltung des Beschwerdeführers nicht zurückzudrängen vermag. Die Wirkung des Einreiseverbots besteht zudem nicht darin, dass dem Beschwerdeführer während dessen Geltungsdauer Aufenthalte in der Schweiz schlichtweg untersagt wären. Es steht ihm nach wie vor die Möglichkeit offen, mittels Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG; vgl. BVGE 2013/4 E. 7.4.3 m.H.) – wie er dies im Übrigen bereits während des ersten Einreiseverbots mehrere Male getan hatte (vgl. Bst. C).

**7.6** Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht somit zum Schluss, dass das auf drei Jahre befristete Einreiseverbot auch im gegenwärtigen Zeitpunkt und unter

Berücksichtigung der gängigen Praxis eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

**7.7** Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 SIS-II-VO sowie BVGE 2014/20 E. 8.5 m.H.), geht es doch in casu um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung, gegen welche der Beschwerdeführer verstossen hat (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG i.V.m. Art. 5 und 10 AuG). Die SIS-Ausschreibung erweist sich somit als verhältnismässig (Art. 24 Ziff. 2 Bst. b und Ziff. 3 SIS-II-VO).

## **8.**

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

## **9.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wäre der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 VwVG). Da ihm jedoch die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG gewährt wurde, ist er einerseits davon befreit, für die entstandenen Verfahrenskosten aufzukommen. Andererseits sind die Kosten der Rechtsvertretung von der erkennenden Behörde zu übernehmen und dem Rechtsbeistand gemäss Art. 9 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und die Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) ein amtliches Honorar auszurichten. Der Rechtsvertreter stellt in der am 28. September 2016 eingereichten Honorarnote eine Entschädigung von Fr. 2'898.70 (inkl. Barauslagen und MWST) in Rechnung. In Berücksichtigung des Umfangs und der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie der aktenkundigen Bemühungen – das Bundesverwaltungsgericht erachtet den ausgewiesenen Zeitaufwand für die Ausfertigung der Rechtsschrift und der Replik als zu hoch – ist das Honorar des amtlichen Rechtsbeistandes nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 1'700.- (inkl. Barauslagen und MWST) festzusetzen (Art. 65 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 8, 9, 10, 12 und 14). Die Entschädigung für den unentgeltlichen Rechtsbeistand ist vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers wird aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 1'700.- ausgerichtet.

Diesen Betrag hat der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollte er nachträglich zu hinreichenden Mitteln gelangen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Jacqueline Moore

Versand: