



Abteilung VI
F-4398/2018

Urteil vom 9. Oktober 2018

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Martin Kayser, Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Michael Rickenbacher, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass der aus Serbien stammende Beschwerdeführer (geb. 1979) 1989 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz gelangte und hier über eine Niederlassungsbewilligung verfügte,

dass er seit 1995 wiederholt straffällig geworden ist, wobei es vor allem um Strassenverkehrs- und (in geringem Masse) um Vermögensdelikte ging,

dass der Beschwerdeführer in 15 Straferkenntnissen insgesamt zu rund drei Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe bzw. Haft, 250 Tagessätzen Geldstrafe sowie Fr. 7'700.- Busse verurteilt wurde,

dass das Migrationsamt des Kantons Zürich ihn in den Jahren 1999, 2001, 2002 sowie 2008 verwarnte, wobei es ihm jeweils schwerer wiegende ausländerrechtliche Massnahmen androhte, sollte sein Verhalten weiter zu Klagen Anlass geben,

dass die kantonale Migrationsbehörde die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 3. Juli 2013 androhungsgemäss widerrief,

dass dieser Widerruf mit Urteil des Bundesgerichts vom 11. Dezember 2014 letztinstanzlich bestätigt wurde, wobei das Bundesgericht u.a. ausführte, der Beschwerdeführer könne seine Beziehungen zur hier niedergelassenen Partnerin (Landsfrau) und zum gemeinsamen Kind (geb. 2011) besuchsweise grenzüberschreitend und – dank der neuen Medien – praktisch auch täglich pflegen,

dass der Beschwerdeführer am 25. August 2017 in Griechenland in den Schengenraum und ca. am 4. September 2017 in die Schweiz einreiste,

dass er sich somit bis zu seiner Verhaftung vom 6. Januar 2018 innert 180 Tagen während 135 Tagen im Schengenraum aufhielt, wodurch er die zulässige Aufenthaltsdauer von 90 Tagen um 45 Tage überschritten hatte,

dass der Beschwerdeführer vom Bezirksgericht Dietikon am 20. Juni 2018 wegen mehrfacher Entwendung eines Fahrzeuges zum Gebrauch, mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung, Missbrauchs von Ausweisen, rechtswidrigen Aufenthalts und Fahrens in fahruntüchtigem Zustand zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Monaten, wovon bis zum Zeitpunkt des Urteils 166 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, und einer Busse von Fr. 1'000.- verurteilt wurde,

dass die Freiheitsstrafe im Umfang von sechs Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf fünf Jahre festgesetzt wurde,

dass das Migrationsamt des Kantons Zürich am 27. Juni 2018 die sofortige Wegweisung des Beschwerdeführers und die Ausschaffungshaft verfügte,

dass das SEM ebenfalls mit Verfügung vom 27. Juni 2018 (eröffnet am 1. Juli 2018) gegen den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot (gültig vom 4. Juli 2018 bis 3. Juli 2020) verhängte und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog,

dass die Vorinstanz sowohl die Fernhaltemassnahme als auch den gleichzeitigen Entzug der aufschiebenden Wirkung einzig mit der gegen den Beschwerdeführer angeordneten Ausschaffungshaft begründete (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG),

dass der Beschwerdeführer am 4. Juli 2018 ausgeschafft wurde,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 6. Juli 2018 bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich die Feststellung der Unrechtmässigkeit der von der kantonalen Migrationsbehörde verfügten Wegweisung sowie Ausschaffungshaft beantragte,

dass der Beschwerdeführer mit Rechtsmitteleingabe vom 30. Juli 2018 beim Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung des vom SEM verhängten Einreiseverbots, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung, subeventualiter die Reduktion der Dauer des Einreiseverbots auf sechs Monate beantragte,

dass er ferner um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, um Sistierung des Beschwerdeverfahrens (bis zum Entscheid der Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich) und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverteidigung ersuchte,

dass dabei insbesondere eine Verletzung der rechtlichen Gehörs (u.a. habe er sich vorgängig nicht ausreichend zu einem allfälligen Einreiseverbot äussern können) sowie die unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt wird (private Interessen des Beschwerdeführers für die Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Einreiseverbots seien nicht berücksichtigt worden),

dass zudem die Ausschaffungshaft zu Unrecht angeordnet worden sei,

dass das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz mit Instruktionsverfügung vom 7. August 2018 Gelegenheit gab, sich vorab zum Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu äussern,

dass die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 20. August 2018 um Abweisung dieses Antrages ersuchte und dabei neu auf die Straffälligkeit des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 20. Juni 2018 hinwies, ohne sich jedoch zum hängigen Verfahren betreffend Ausschaffungshaft zu äussern,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. August 2018 verschiedene Beweismittel (u.a. Bescheinigungen, dass er in Serbien nicht vorbestraft sei bzw. gegen ihn auch kein Strafverfahren laufe und dass er weder über Vermögen oder Liegenschaften verfüge) sowie das ausgefüllte Formular „Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“ nachreichte,

dass das Bundesverwaltungsgericht den Antrag des Beschwerdeführers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 28. August 2018 guthiess,

dass auf den weiteren Akteninhalt, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen wird,

dass gemäss Art. 31 VGG das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG beurteilt, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt,

dass als Vorinstanzen die in Art. 33 VGG genannten Behörden gelten, wozu auch das BFM gehört, das mit der Anordnung eines Einreiseverbots eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat,

dass das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sich nach dem VwVG richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG),

dass der Beschwerdeführer als Adressat der Verfügung zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG), weshalb auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist (Art. 50 und Art. 52 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht in vorliegender Sache endgültig entscheidet (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG),

dass mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden kann (Art. 49 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht das Bundesrecht von Amtes wegen anwendet, und dass es gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden ist und die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen kann, wobei grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung massgebend ist (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.),

dass vor einer allfälligen materiellrechtlichen Beurteilung in formeller Hinsicht zu prüfen ist, ob die Vorinstanz mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht das rechtliche Gehör verletzt hat,

dass der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ableiten und wie er sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien umfasst (vgl. anstatt vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 214 ff.),

dass für die Prozessparteien regelmässig das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhalts sichert, im Vordergrund steht (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2),

dass es die Pflicht der Behörden ist, die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen, was bereits Art. 30 VwVG zu Grunde legt, aber besonders deutlich in Art. 32 Abs. 1 VwVG zum Ausdruck kommt, der bestimmt, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt, bevor sie verfügt (WALDMANN/BICKEL, in *Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG*, 2. Aufl. Zürich 2016, Art. 29 N 80 ff. u. Art. 32 N 6 ff.),

dass daraus schliesslich die grundsätzliche Pflicht der Behörden folgt, ihren Entscheid zu begründen (vgl. BVGE 2010/35 E. 4.1.2 mit Hinweisen),

dass das SEM die Fernhaltemassnahme lediglich mit der gegen den Beschwerdeführer angeordneten Ausschaffungshaft begründet hat (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG),

dass die Rechtmässigkeit dieser Ausschaffungshaft, die zudem noch nicht rechtskräftig ist (Verfahren bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich hängig), vom Beschwerdeführer bestritten wird,

dass das SEM erstmals in seiner Stellungnahme vom 20. August 2018 nachträglich auf die Straffälligkeit des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 20. Juni 2018 hinweist und somit als Grund der Fernhaltemassnahme einen Verstoß bzw. eine Gefährdung gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz anführt (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG),

dass dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der gegen ihn verhängten Fernhaltemassnahme bis jetzt noch keine Gelegenheit gegeben wurde, sich dazu zu äussern,

dass zwar das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid anders begründen kann als die Parteien oder die Vorinstanz, mithin es die Verfügung im Ergebnis gleich belassen, dieser aber andere Motive zugrunde legen kann (sog. Motivsubstitution; vgl. u.a. Urteil des BVGer F-1021/2018 vom 17. August 2018 E. 6.2),

dass im vorgenannten Urteil des BVGer die Frage der Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft offen gelassen wurde (das Einreiseverbot von zwei Jahren wurde gestützt auf einen Strafbefehl [Geldstrafe von 20 Tagessätzen und Busse von Fr. 400.- wegen rechtswidrigen Aufenthalts] in Anwendung von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bestätigt),

das es in casu aber nicht nur um einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Zusammenhang mit einem rechtswidrigen Aufenthalt sondern auch um eine allfällige Berücksichtigung des übrigen strafrechtlichen Verhaltens des Beschwerdeführers geht, das im Ergebnis eine Fernhaltemassnahme von mehr als zwei Jahren zur Folge haben könnte,

dass es primär Sache des SEM ist, eine solche Beurteilung als erste Instanz vorzunehmen, und es grundsätzlich nicht an der Rechtsmittelinstanz liegt, dies nachzuholen,

dass das SEM sich dabei auch mit der Frage auseinandersetzen hat, inwieweit das strafrechtliche Verhalten des Beschwerdeführers für die Verhängung eines Einreiseverbots berücksichtigt werden kann, zumal sich das Bezirksgericht im Urteil vom 20. Juni 2018 nicht zu einer Landesverweisung äusserte,

dass es darin aber um Delikte geht, welche keine obligatorische Landesverweisung zur Folge haben (vgl. Art. 66a StGB), und eine diesbezügliche Berücksichtigung in einem Verfahren betreffend Einreisverbot nicht zum Vornherein ausgeschlossen ist (vgl. ADANK-SCHÄRER/ANTONIAZZA-HAFNER, *Interdiction d'entrée prononcée à l'encontre d'un étranger délinquant*, AJP/PJA 2018 n° 7, S. 896; POPESCU/WEISSENER, *Expulsion pénale et droit des migrations*, AJP/PJA 2018 n° 3, S. 361),

dass dies insbesondere für den rechtswidrigen Aufenthalt gilt (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz vom 12. Mai 2016 zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, Ziff. 1.3, S. 7), zumal nicht einzusehen ist, weshalb der mit einem Strafbefehl geahndete rechtswidrige Aufenthalt – wie im Urteil des BVGer F-1021/2018 vom 17. August 2018 – ein Einreiseverbot zur Folge hat, und dies bei einem Strafurteil, in dem zusätzlich noch andere Delikte beurteilt wurden, nicht der Fall sein soll,

dass zusammenfassend das SEM den rechtserheblichen Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt respektive festgestellt und die Begründungspflicht verletzt hat,

dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich – das heisst ungeachtet der materiellen Auswirkungen – zur Aufhebung des daraufhin ergangenen Entscheides führt,

dass die Heilung einer Gehörsverletzung aus prozessökonomischen Gründen auf Beschwerdeebene vorliegend schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil die Gehörsverletzung keinen Einzelfall darstellt (vgl. auch Urteil des BVGer C-6862/2010 vom 26. April 2011 S. 7 m.H.),

dass die angefochtene Verfügung somit aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen und in Gutheissung des Eventualantrages an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, wobei das SEM gehalten ist, gestützt auf den vollständig festgestellten rechtserheblichen Sachverhalt einen neuen Entscheid mit rechtsgenügender Begründung zu fällen,

dass demnach auch davon abgesehen werden kann, auf weitere Beschwerdevorbringen und -anträge (u.a. Sistierung des Verfahrens) einzugehen,

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens keine Kosten zu erheben sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und dem obsiegenden Beschwerdeführer für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten eine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass die Höhe der Parteienschädigung – es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht – in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE auf Fr. 2'000.- (inkl. Auslagen und MwSt) festzusetzen ist,

dass es sich mit dem Verzicht auf Erhebung von Verfahrenskosten und der Zusprechung einer Parteienschädigung erübrigt, über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG zu befinden (zum Vorrang der Parteienschädigung gegenüber dem Honorar für einen amtlich eingesetzten Anwalt vgl. Urteil des BVGer C-5331/2009 vom 3. August 2012 E. 6 m.H.).

Dispositiv nächste Seite

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 27. Juni 2018 aufgehoben.

2.

Die Sache wird zur neuen Beurteilung an das SEM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Beilage: Doppel der Eingabe vom 27. August 2018; Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Rudolf Grun

Versand: