



Abteilung VI
F-4646/2020

Urteil vom 29. August 2022

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiberin Annina Mondgenast.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Daniel de Charrière de Sévery,
AsyLex, (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (Staatsangehöriger von Algerien, geboren 1994) reiste am 18. November 2019 illegal in die Schweiz ein und ersuchte tags darauf um Asyl. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2019 trat die Vorinstanz auf sein Asylgesuch nicht ein und wies ihn nach Slowenien als zuständigen Dublin-Staat weg. Er wurde aufgefordert, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich mit Urteil E-6615/2019 vom 17. Dezember 2019 ab. Der Beschwerdeführer verschwand am 27. Dezember 2019 aus dem Bundesasylzentrum und konnte erst am 7. August 2020 im Rahmen einer polizeilichen Personenkontrolle wieder aufgegriffen werden. In der Folge ordnete das Migrationsamt des Kantons B. _____ die Ausschaffungshaft an und ihm wurde das rechtliche Gehör zur allfälligen Verhängung eines Einreiseverbots gewährt. Am 3. September 2020 wurde er nach Slowenien ausgeschafft.

B.

Mit Verfügung vom 19. August 2020 verhängte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot (gültig vom 3. September 2020 bis 2. September 2023). Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung des Einreiseverbots im Schengener Informationssystem (SIS-II) an. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

C.

Der Beschwerdeführer erhob mit Eingabe vom 18. September 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die angefochtene Verfügung sei als nichtig zu erklären. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und der Eintrag im SIS-II zu löschen. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen beziehungsweise sei das Einreiseverbot auf maximal sechs Monate zu beschränken. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung des rubrizierten Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess mit Zwischenverfügung vom 9. Oktober 2020 das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und ordnete den Rechtsvertreter als unentgeltlichen Rechtsbeistand bei. Die Vorinstanz

forderte es auf, dem Beschwerdeführer Akteneinsicht zu gewähren und räumte ihm Gelegenheit zur Einreichung einer Beschwerdeergänzung ein.

E.

Am 5. November 2020 reichte der Beschwerdeführer eine Beschwerdeergänzung ein. In ihrer Vernehmlassung vom 14. Dezember 2020 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Replizierend hielt der Beschwerdeführer am 21. Januar 2021 an seinen Anträgen fest.

F.

Die vorsitzende Richterin hat vorliegendes Verfahren im Juli 2022 aus organisatorischen Gründen vom vormaligen Instruktionsrichter übernommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

1.3 Der Beschwerdeführer ist zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (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 Sachverhaltes und 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

nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die vorinstanzliche Verfügung sei nichtig, da aus ihr nicht hervorgehe, wer die Verfügung verfasst habe. Anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs sei sodann kein Dolmetscher anwesend gewesen. Die Vorinstanz habe weiter keine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen und die Verfügung nur unzureichend begründet. Diese formellen Rügen sind vorab zu beurteilen, da sie allenfalls geeignet sein könnten, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken (BGE 142 II 218 E. 2.8.1).

3.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) umfasst das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache äussern zu können (Art. 30 VwVG). Er verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidfindung angemessen berücksichtigt. Dies gilt für alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erforderlich erscheinen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1).

3.3 Die Rüge des Beschwerdeführers, wonach die angefochtene Verfügung keine Unterschrift enthalte und demnach ungültig beziehungsweise nichtig sei, ist unbegründet. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt die Unterschrift kein Gültigkeitserfordernis für eine Verfügung dar (Urteile des BVGer F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 4, F-936/2014 und F-1661/2014 vom 20. Februar 2017 E. 3; C-2492/2008 vom 31. August 2009 E. 3.3). Die angefochtene Verfügung ist mithin formgültig. Ebenfalls unbegründet ist die Rüge, bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 8. August 2020 sei kein Dolmetscher anwesend gewesen. Das Formular "rechtliches Gehör Fernhaltemassnah-

men" ist auf verschiedene Sprachen übersetzt und lediglich bei einer anderen als der im Formular aufgeführten Sprachen ist ein Dolmetscher erforderlich. Deshalb ist auch nur in diesem Feld die Eintragung eines Namens und die Unterschrift des Dolmetschers vorgesehen (vgl. SEM-Akten act. 2). Der Beschwerdeführer hatte damit Gelegenheit, zu einem allfälligen Einreiseverbot Stellung zu nehmen, was er auch getan hat. Im Rahmen der Vernehmlassung begründete die Vorinstanz unter Verweis auf sein straffälliges Verhalten die vom Beschwerdeführer ausgehende Gefährdung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Zudem führte sie aus, weshalb eine Ausschreibung im SIS II gerechtfertigt sei und nahm eine Interessensabwägung vor. Die formellen Rügen sind damit unbegründet.

4.

4.1 Nach Art. 67 Abs. 2 AIG kann das SEM ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. a) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein solches vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.2 Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation besitzt, 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 [EU] 2018/1861 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS] im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 [SIS-II] Abl. L 312/14 vom 7.12.2018, nachfolgend: SIS-II-VO) und Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 (SR 362.0).

5.

5.1 Zur Begründung des Einreiseverbots führt die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer sei nach den Bestimmungen gemäss der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Dublin-III-VO) weggewiesen worden, wobei die Ausschaffungshaft angeordnet worden sei. Gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG sei eine Fernhaltmassnahme anzuordnen. Die Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs enthalte keine dagegen sprechenden Gründe.

5.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, das Einreiseverbot sei zu Unrecht im SIS-II eingetragen worden, denn die Vorinstanz habe keine individuelle Bewertung vorgenommen. Es sei kein öffentliches Interesse ersichtlich, welches einen Eintrag im SIS-II zu rechtfertigen vermöge. In Slowenien sei zudem ein Asylverfahren hängig, weshalb die Ausschreibung im SIS-II nicht angezeigt sei. Die Dauer des Einreiseverbots sei unverhältnismässig. Es könne ihm kein grobes Fehlverhalten vorgeworfen werden, dennoch liege das dreijährige Einreiseverbot im oberen Bereich des gesetzlichen Höchststrahmens von fünf Jahren.

5.3 In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz fest, das dreijährige Einreiseverbot mit gleichzeitiger Ausschreibung im SIS-II sei zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründet und verhältnismässig. Der Beschwerdeführer sei rechtswidrig in den Schengen-Raum beziehungsweise in die Schweiz eingereist und habe damit den Fernhaltegrund im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG gesetzt. Er verfüge weder über einen Aufenthaltstitel noch über familiäre Bindungen in der Schweiz. Aus der Schweiz sei er rechtskräftig weggewiesen und im Rahmen des Dublin-Verfahrens sei er in Haft genommen worden. Damit seien auch die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 1 Bst. a und Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG erfüllt. Während seines Aufenthalts habe er Sozialhilfekosten verursacht, und die durch das Asylverfahren in der Schweiz entstandenen Aufwendungen und Kosten der Überstellung nach Slowenien seien von der öffentlichen Hand übernommen worden. Es bestehe die Gefahr, dass bei einer erneuten Einreise in die Schweiz wieder Kosten anfallen würden, weshalb auch Art. 67 Abs. 2 Bst. b AIG erfüllt sei. Ein überwiegendes öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung sei nicht nur in der Schweiz, sondern in allen Schengen-Staaten gegeben. Er sei nicht Bürger eines Mitgliedstaats der EU oder

der EFTA, und die Bedeutung des Falles rechtfertige die Ausschreibung im SIS II. Er habe zufolge der rechtswidrigen Einreise in den Schengen-Raum gegen zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung verstossen. Die Ausschreibung hindere Slowenien nicht daran, aus wichtigen Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen den Aufenthalt des Beschwerdeführers zu regeln, und im Rahmen eines Konsultationsverfahrens könne um Löschung der SIS-Ausschreibung ersucht werden.

5.4 Der Beschwerdeführer bringt in seiner Replik vor, er sei illegal in die Schweiz eingereist um hier ein Asylgesuch zu stellen. Die illegale Einreise dürfe ihm deshalb nicht vorgeworfen werden und gestützt darauf könne kein Einreiseverbot erlassen werden.

6.

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung als Fernhaltegrund insbesondere die Anordnung der Ausschaffungshaft angeführt. Für diesen Fernhaltegrund ist keine vom Beschwerdeführer ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich (vgl. Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG), weshalb die Vorinstanz allein schon aus diesem Grund ein Einreiseverbot anordnen durfte. Es erübrigt sich vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob weitere Voraussetzungen von Art. 67 AIG erfüllt sind.

7.

7.1 Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 2 AIG 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 AIG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

7.2 Das öffentliche Interesse an einer befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers ist aus generalpräventiver Sicht von Bedeutung. Ein Einreiseverbot soll andere Ausländerinnen und Ausländer angesichts der nachteiligen Folgen dazu anhalten, sich an die ausländerrechtliche Ordnung des Gastlandes zu halten. Andererseits ist eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahmen darin zu sehen, dass sie die Betroffenen ermahnt, sich inskünftig an die geltenden Regeln zu halten.

Mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wurde das Asylverfahren in der Schweiz am 19. Dezember 2019 rechtskräftig abgeschlossen. Der Beschwerdeführer war ab diesem Zeitpunkt zur Ausreise verpflichtet und hielt sich damit illegal in der Schweiz auf. Er reiste jedoch nicht selbständig aus, sondern verschwand am 27. Dezember 2019 aus dem Bundesasylzentrum, so dass keine Überstellung nach Slowenien stattfinden konnte. Nach seinem polizeilichen Aufgreifen wurde die Ausschaffungshaft angeordnet, da die Gefahr bestand, dass er sich einer Ausschaffung erneut entziehen würde. Am 3. September 2020 wurde er nach Slowenien ausgeschafft. Während seiner Zeit in der Schweiz verursachte er insbesondere aufgrund der Ausschaffungshaft Kosten in der Höhe von Fr. 5'750.–, und es besteht ein öffentliches Interesse, eine künftige Belastung der öffentlichen Finanzen zu vermeiden. Das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung ist evident.

7.3 Als privates Interesse des Beschwerdeführers ist seine Möglichkeit der Einreise in die Schweiz zu berücksichtigen. Er macht nicht geltend, hier über familiäre Beziehungen oder weitere Kontakte zu verfügen.

7.4 Eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen ergibt, dass das Einreiseverbot im Grundsatz zu bestätigen ist. In Anbetracht der die Fernhaltemassnahme auslösenden Gründe sowie gestützt auf vergleichbare Fälle (vgl. bspw. Urteil des BVGer F-5665/2019 vom 31. Juli 2021 E. 6.3 [Einreiseverbot von zwei Jahren wegen illegaler Einreise und Anordnung der Ausschaffungshaft], F-3963/2020 vom 10. Januar 2021 E. 6.4 [Einreiseverbot von zwei Jahren wegen illegaler Einreise, Bezug von Sozialhilfe und Anordnung der Ausschaffungshaft]; oder F-6530/2016 vom 7. September 2017 E. 10.5 [Einreiseverbot von zwei Jahren wegen illegaler Einreise und Anordnung der Ausschaffungshaft]) erweist sich die Dauer des Einreiseverbots von drei Jahren jedoch als unverhältnismässig. Das Einreiseverbot ist auf zwei Jahre zu befristen.

8.

Nicht zu beanstanden ist, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Ziff. 3 SIS-II-Verordnung), handelt es sich doch vorliegend um einen Verstoss gegen nationale Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt. Es bleibt den Schengen-Staaten unbenommen, ihm bei Vorliegen besonderer Gründe die Einreise in ihr Hoheitsgebiet beziehungsweise den Aufenthalt zu gestatten.

9.

Die Vorinstanz hat demnach Bundesrecht verletzt, soweit das Einreiseverbot die Dauer von zwei Jahren überschreitet (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot ist auf zwei Jahre – bis zum 2. September 2022 – zu befristen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

10.

10.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer im Umfang des Unterliegens aufzuerlegen (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]). Angesichts der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG ist jedoch auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten.

10.2 Für die notwendigen Kosten der Rechtsvertretung ist dem Beschwerdeführer im Umfang des Obsiegens eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Für den übrigen Aufwand ist der als unentgeltliche Rechtsbeistand bestellte Parteivertreter entsprechend zu entschädigen. Der Rechtsvertreter stellte in den am 18. September und 5. November 2020 eingereichten Honorarnoten eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'572.60 (inkl. Barauslagen) in Rechnung. Der dabei geltend gemachte zeitliche Aufwand (7.00 Std.) und der Stundenansatz (Fr. 220.–) sind nicht zu beanstanden. Dem Beschwerdeführer ist somit eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'572.60 (Parteientschädigung von Fr. 524.20 sowie amtliches Honorar von Fr. 1'048.40) zuzusprechen, wobei der Beschwerdeführer das amtliche Honorar dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten hat, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Einreiseverbot wird bis zum 2. September 2022 befristet. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 524.20 zugesprochen.

4.

Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand, Rechtsanwalt Daniel de Charrière de Sévery, AsyLex, wird zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'048.40 zugesprochen.

Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er diesen Betrag dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten.

5.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Annina Mondgenast

Versand: