



Urteil vom 18. Januar 2021

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richter Andreas Trommer,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

A. _____,
vertreten durch MLaw Christof Egli, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine 1965 geborene Staatsangehörige der Vereinigten Staaten von Amerika, reiste gemäss Stempel im Reisepass am 10. Oktober 2018 in die Schweiz ein, wo sie bis am 7. Januar 2019 verblieb. Danach weilte sie in Grossbritannien, bevor sie am 20. März 2019 erneut in die Schweiz einreiste und sich seither ununterbrochen im Land aufhielt, wobei sie die bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer von 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen um mehrere Monate überzog.

Anlässlich einer Personenkontrolle am 16. September 2019 in Zürich wurde sie polizeilich angehalten und vorläufig festgenommen. Während der gleichentags durchgeführten Einvernahme gab sie gegenüber der Kantonspolizei Zürich an, in die Schweiz gekommen zu sein, um hier den Markt für den Import von Zitrusfrüchten, Einrichtungsgegenständen und Schmuck zu "studieren". Ausserdem habe sie beabsichtigt, in der Schweiz eine Firma zu gründen (Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [ZH-act.] 2-4). Im Weiteren wurde ihr das rechtliche Gehör zur Anordnung von Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen gewährt (ZH-act. 18-20).

B.

Mit Strafbefehl vom 17. September 2019 befand die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis die Beschwerdeführerin des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG für schuldig und verurteilte sie zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 330.– (davon 2 Tagessätze durch Haft erstanden), unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, sowie einer Busse von Fr. 1'000.– (ZH-act. 14-17). Gegen diesen Strafbefehl wurde am 19. September 2019 Einsprache erhoben.

C. Am 18. September 2019 verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich die Wegweisung der Beschwerdeführerin und wies sie an, die Schweiz bis zum 23. September 2019 zu verlassen (ZH-act. 31-32). Der gegen diesen Entscheid erhobene Rekurs wurde von der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich mit Rekursentscheid vom 15. Oktober 2019 abgewiesen (ZH-act. 45-47).

D.

Bereits am 18. September 2019 hatte das SEM gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot sowie die Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) erlassen und gleichzeitig einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Zur Begründung der

Fernhaltemassnahme führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin habe sich weit über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus im Schengen-Raum aufgehalten. Damit liege ein Verstoss gegen die schengenrechtlichen Einreisevoraussetzungen vor, womit eine ernsthafte Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einhergehe. Aus diesem Grund sei die Verhängung einer Fernhaltemassnahme gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG angezeigt. Auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs erweise sich die Fernhaltemassnahme als verhältnismässig und gerechtfertigt (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 5/14-15).

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 1. Oktober 2019 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Fernhaltemassnahme; eventualiter sei das Verfahren zu sistieren; subeventualiter sei die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) zu löschen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

F.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Oktober 2019 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab und gab dem Eventualantrag um Sistierung des Beschwerdeverfahrens nicht statt (BVGer-act. 3).

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 7. November 2019 sprach sich die Vorinstanz für die Abweisung der Beschwerde aus (BVGer-act. 6).

H.

Trotz ausdrücklich gewährtem Replikrecht (vgl. BVGer-act. 7) liess sich die Beschwerdeführerin in der Folge nicht mehr vernehmen.

I.

Neben den Vorakten zog das Bundesverwaltungsgericht auch die die Beschwerdeführerin betreffenden Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich bei.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen des SEM, die gestützt auf Art. 67 AIG ein Einreiseverbot zum Gegenstand haben (Art. 33 Bst. d VGG; Art. 32 VGG; Art. 112 Abs. 1 AIG).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streit-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 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 seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Das SEM kann gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a–c AIG gegenüber ausländischen Personen Einreiseverbote verfügen, 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 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 ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

3.2 Das in Art. 67 AIG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion dar, sondern 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 AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). Somit liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). 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 Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, 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 Fernhalte-massnahme dar (vgl. Urteil des BVGer F-1156/2018 vom 13. Dezember 2019 E. 4.2 m.H.).

3.3 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 Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten

Generation [SIS-II], Abl. L 381/4 vom 28.12.2006 [nachfolgend: SIS-II-VO]; Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 [SR 362.0]).

4.

4.1 Der Beschwerdeführerin, welche sich bereits vom 10. Oktober 2018 bis zum 7. Januar 2019 im Schengen-Raum aufgehalten hatte, wurde von der Strafbehörde vorgeworfen, sich erneut vom 20. März 2019 bis zu ihrer Verhaftung am 16. September 2019 bewusst und gewollt ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten zu haben, obwohl sie nicht über ein für amerikanische Staatsangehörige für einen Aufenthalt von mehr als 90 Tagen erforderliches Visum für die Schweiz verfügt habe. Dabei habe sie die bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer von 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen um mehrere Monate überzogen. Gestützt auf diesen Sachverhalt wurde die Beschwerdeführerin denn auch von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG zu einer (bedingten) Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 330.- sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.- verurteilt (vgl. Strafbefehl vom 17. September 2019).

4.2 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, in casu bestehe kein rechtskräftiger Strafbefehl, habe sie doch fristgerecht dagegen Einsprache erhoben, gilt es in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Anordnung eines Einreiseverbots gemäss ständiger Rechtsprechung auch dann ergehen kann, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, so weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde, noch hängig ist oder gar eingestellt wurde (vgl. Urteil des BVGer F-6906/2018 vom 10. Dezember 2019 E. 4.3 m.H.). Als präventivpolizeiliche Massnahme knüpft das Einreiseverbot direkt an die Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung an und nicht an die Ahndung derselben. Ob eine solche Störung besteht und wie diese zu gewichten ist, hat die Verwaltungsbehörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen. Es genügt, dass Verdachtsmomente vorliegen, die von der Behörde als hinreichend konkret erachtet werden, wobei die Unschuldsvermutung im Administrativverfahren grundsätzlich keine Geltung beanspruchen kann (vgl. Urteil des BVGer F-7146/2017 vom 30. Mai 2018 E. 4.3).

4.3 Aufgrund der Aktenlage ist hinreichend erstellt, dass sich die Beschwerdeführerin während mehreren Monaten widerrechtlich in der Schweiz bzw. im Schengen-Raum aufgehalten hat. Damit hat sie fraglos gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2

Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE verstossen, weshalb sich die Verhängung einer Fernhaltemassnahme rechtfertigte.

5.

5.1 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, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

5.2 Die Beschwerdeführerin hat sich während eines beachtlichen Zeitraums über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus in der Schweiz bzw. im Schengen-Raum aufgehalten. Aufgrund dieses objektiv nicht mehr leichten Fehlverhaltens ist auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu schliessen. An der Einhaltung der Rechtsordnung im Allgemeinen und den Vorschriften über Einreise und Aufenthalt im Besonderen besteht denn auch ein gewichtiges öffentliches Interesse. Zum einen liegt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin, die Beschwerdeführerin zu ermahnen, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise nach Ablauf des Einreiseverbots die für sie geltenden Regeln einzuhalten. Wichtig ist aber ebenso das generalpräventiv motivierte Interesse, die öffentliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte in Konstellationen, in denen wie hier keine sogenannte Vertragsausländerin betroffen ist, vgl. Urteil des BGer 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.).

5.3 Den öffentlichen Interessen sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gegenüberzustellen. Diese beziehen sich ausschliesslich auf deren berufliche Tätigkeit. Die vorübergehende Einschränkung ihrer Geschäftstätigkeit hat sie jedoch selbst zu verantworten. Im Übrigen ist die Fernhaltemassnahme nicht als absolutes Einreiseverbot ausgestaltet. Sie stellt vielmehr ein Einreiseverbot mit Bewilligungsvorbehalt dar. Der Beschwerdeführerin bleibt es freigestellt, aus wichtigen Gründen mittels Gesuchs die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (vgl. Art. 67 Abs. 5 AIG), wobei eine solche praxisgemäss

nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt wird (vgl. BVGE 2013/4 E. 7.4.3 m.H.).

5.4 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot dem Grundsatz nach und in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

5.5 Die Beschwerdeführerin kann als Drittstaatsangehörige grundsätzlich zur Einreise- beziehungsweise Aufenthaltsverweigerung im SIS II ausgeschlossen werden, wenn ihre Anwesenheit im übrigen Schengen-Raum – wie oben ausgeführt – eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt. Dies ist gemäss Art. 24 Ziff. 2 Bst. a der SIS-II-Verordnung namentlich dann der Fall, wenn jemand wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr *bedroht* ist, was bei rechtswidrigem Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG zutrifft. Es besteht kein Grund, vom klaren Wortlaut dieser Bestimmungsbestimmung abzuweichen, auch wenn in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten wird, es sei jeweils auf die Höhe der effektiv *ausgesprochenen* Strafe abzustellen, wobei eine Ausschreibung im SIS II bei bedingt ausgesprochenen Geld- oder Freiheitsstrafen kaum verhältnismässig sein dürfte (vgl. etwa MARC SPESCHA in: Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 67 N. 9). Insofern vermag die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand, ihr drohe gemäss (nicht rechtskräftigem) Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis lediglich eine Geldstrafe, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer F-3183/2020 vom 21. Dezember 2020 E. 8.4). Abgesehen davon handelt es sich vorliegend um einen Verstoss gegen nationale Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt, weshalb bereits aus diesem Grund eine Ausschreibung im SIS II gerechtfertigt ist (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Ziff. 3 SIS-II-Verordnung). Eine mit der Ausschreibung der Fernhaltungsmassnahme einhergehende zusätzliche Beeinträchtigung ihrer persönlichen Bewegungsfreiheit hat die Beschwerdeführerin somit in Kauf zu nehmen.

6.

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

7.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin 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]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin aufzuerlegt. Sie sind durch den am 22. Oktober 2019 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ad ZH [...])

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Daniel Brand

Versand: