



Abteilung VI
F-5432/2016

Urteil vom 25. Juli 2017

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Ardian Nikolla.

Parteien

X._____,
vertreten durch lic. iur. Rainer Cao, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die aus Chile stammende Beschwerdeführerin (geb. 1958) lebte zwischen 1981 und 1990 in der Schweiz als anerkannter Flüchtling. Bei ihrer Ausreise verblieben ihre drei Söhne in der Schweiz.

B.

Die Beschwerdeführerin reiste im Jahr 2013 über den Flughafen Frankfurt am Main in den Schengen-Raum ein. Danach hielt sie sich bis zu ihrer Anhaltung durch die (...) Kantonspolizei am 4. August 2016 ununterbrochen im Schengen-Raum auf, grösstenteils in der Schweiz.

C.

Am 8. August 2016 verhängte die Vorinstanz über die Beschwerdeführerin ein ab dem 15. August 2016 gültiges Einreiseverbot für die Dauer von drei Jahren. Durch die Ausschreibung im Schengener-Informationssystem (SIS II) hat das Einreiseverbot Geltung für den gesamten Schengen-Raum. Gemäss der Begründung der Vorinstanz hat sich die Beschwerdeführerin wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise und mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts strafbar gemacht. Deswegen sei sie mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Y. _____ vom 6. August 2016 zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten (bedingt, bei einer Probezeit von zwei Jahren) bestraft worden. Daher sei gestützt auf Art. 67 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) eine Fernhaltemassnahme angezeigt (vgl. zum Ganzen Akten der Vorinstanz [nachfolgend: SEM act.] 2/10).

D.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 7. September 2016 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; eventualiter sei das Einreiseverbot bezüglich der Dauer angemessen zu reduzieren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [nachfolgend BVGer act.] 1/Beschwerdeschrift S. 2).

E.

Mit Zwischenverfügung vom 30. September 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und lud die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, ihre prozessrechtliche Bedürftigkeit zu belegen (BVGer act. 3)

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. Oktober 2016 spricht sich die Vorinstanz für die Abweisung der Beschwerde aus.

G.

Am 10. November 2016 reichte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist das ausgefüllte Formular «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» sowie entsprechende Belege ein.

H.

Am 18. November 2016 hält die Beschwerdeführerin replizierend an ihren Anträgen fest.

I.

Nach Prüfung der zur finanziellen Lage eingereichten Unterlagen gewährte das Gericht mit Zwischenverfügung vom 25. November 2016 die unentgeltliche Rechtspflege und setze den bisherigen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rainer Cao, als amtlichen Anwalt ein.

J.

Am 11. Mai 2017 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin eine Kostennote für das vorliegende Verfahren ein und ersuchte gleichzeitig um einen raschen Entscheid in der Sache.

K.

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 im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das SEM, das mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (vgl. Art. 49 ff. VwVG).

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

3.

3.1 Ein Einreiseverbot gestützt auf Art. 67 Abs. 2 AuG kann gegenüber ausländischen Personen verfügt werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen werden mussten (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Für eine längere Dauer kann es angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Die verfügende Behörde kann ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

3.2 Das Einreiseverbot ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [im Folgenden: Botschaft] BBl 2002 3813). In diesem Sinne liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Demgegenüber müssen bei Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 80 Abs. 2 VZAE). Bestand ein solches Verhalten in der Vergangenheit, so wird die Gefahr entsprechender künftiger Störungen von Gesetzes wegen vermutet (vgl. Botschaft, a.a.O. S. 3760 sowie Urteil des BVGer F-5357/2015 vom 22. September 2016 E. 3.2 m.H.).

4.

4.1 Die angefochtene Verfügung verweist zur Begründung des Einreiseverbots auf den rechtskräftigen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Y. _____ vom 6. August 2016, mit dem die Beschwerdeführerin der mehrfachen rechtswidrigen Einreise sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts mit einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren bestraft wurde. Die Staatsanwaltschaft sah es als erstellt an, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2013 von Chile kommend mit dem Flugzeug in Frankfurt am Main in den Schengen-Raum einreiste und diesen bis zu ihrer Anhaltung am 4. August 2016 nicht mehr verlies. Dabei reiste sie mehrere Male ohne Visum in die Schweiz ein und hielt sich teilweise während mehreren Monaten hier auf.

4.2 Die Einreise von Drittstaatsangehörigen in das Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten für einen Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten je Sechsmonatszeitraum fällt in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Schengen-Rechts (vgl. Art. 6 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK, ABl. L 77 vom 23. März 2016, S.1-52]; Art. 1 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens, SDÜ, ABl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62), das widersprechendem Landesrecht vorgeht (Art. 2 Abs. 4 AuG). Es vermittelt

visumpflichtbefreiten Ausländern, zu denen die Beschwerdeführerin als Inhaberin eines chilenischen Reisepasses gehört (vgl. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung [EG] Nr. 539 des Rates vom 15. März 2001 i.V.m. seinem Anhang II Ziff. 1 [ABl. L 81 vom 21. März 2001, S. 1-7]), unter anderem das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten frei zu bewegen, höchstens jedoch drei Monate innerhalb einer Frist von sechs Monaten vom Datum der ersten Einreise an und soweit sie die in Art. 5 Abs. 1 Bst. a, c, d, und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen (Art. 20 Abs. 1 SDÜ).

4.3 Die 59-jährige Beschwerdeführerin hat sich sowohl im Strafverfahren als auch in diesem Verfahren bezüglich der ihr vorgeworfenen Missachtung der zulässigen Aufenthaltsdauer geständig gezeigt. Durch die erstandene Haft habe sie ihre Lektion gelernt (vgl. BVGer act. 1, Beschwerdeschrift S. 4 f., auch zum Folgenden). Sie bereue ferner, dass sie sich, obwohl reale Aussichten bestanden hätten, nicht für eine längerfristige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz bemüht habe. Der vorgeworfene Verstoss würde sich nicht wiederholen.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen und damit den Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gesetzt hat. Die Verhängung der Fernhaltemassnahme erweist sich damit in grundsätzlicher Hinsicht als gerechtfertigt.

5.

5.1 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. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit steht dabei im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 555 ff.).

5.2 Aus den Akten geht hervor, dass sich die Beschwerdeführerin während mindestens zwei Jahren und sieben Monaten ununterbrochen im Schengen-Raum aufhielt. Das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet die Missachtung ausländischer Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (BVGer act. 1, Beschwerdeschrift S. 8) besteht vorliegend ein generalpräventiv motiviertes Interesse an der Fernhaltung der fehlbaren ausländischen Person.

5.3 Demgegenüber ist die Gefahr weiterer gleichgelagerter Verfehlungen nicht in dem Masse zu veranschlagen wie zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin zeigte sich bei der polizeilichen Einvernahme kooperativ und einsichtig. In der Folge wurde sie für ihr Fehlverhalten strafrechtlich belangt und hat einen Teil der Strafe in Form einer mehrtägigen Untersuchungshaft verbüsst. Daraufhin hat sie freiwillig innert der angesetzten Frist die Schweiz in Richtung Chile verlassen, obwohl sie sich dort in einer schwierigen und finanziell prekären Situation befindet (vgl. im Einzelnen die am 10. November 2016 eingereichten Unterlagen, BVGer act. 8).

5.4 Die Beschwerdeführerin lebte als anerkannter Flüchtling über neun Jahre in der Schweiz und hat hier gearbeitet. Als sie im Jahre 1990 die Schweiz verliess, verblieben ihre drei Söhne in der Schweiz. Diese leben nun mit ihren Familien im Kanton Z._____. Während ihres nichtbewilligten Aufenthalts in der Schweiz hielt sich die Beschwerdeführerin bei ihren Familienangehörigen auf. Einer Erwerbstätigkeit ging sie nicht nach. Im Rahmen des ihr gewährten rechtlichen Gehörs brachte sie sodann explizit vor, dass ein Einreiseverbot dem Kontakt zu ihrer hiesigen Familie entgegenstehe (SEM act. 1/3).

5.5 Inwiefern die Vorinstanz das private Interesse der Beschwerdeführerin am Kontakt mit ihrer in der Schweiz lebenden Familie in ihren Entscheid miteinbezogen respektive gewichtet hat, lässt sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen. Die Verfügung führt dazu aus, „dass die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Angaben keinen anderen Entscheid zu rechtfertigen vermögen“. In der Vernehmlassung verweist die Vorinstanz auf die Möglichkeit der Suspendierung des Einreiseverbots. Ansonsten bestünde für sie kein Grund, an ihrer Verfügung etwas zu ändern. Im Resultat entsteht der Eindruck, dass den persönlichen Bindungen der

Beschwerdeführerin zur Schweiz im Rahmen einer Interessenabwägung nicht genügend Rechnung getragen wurde.

5.6 Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit führt eine wertende Gewichtung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. Die angeordnete Dauer von drei Jahren erscheint jedoch in Anbetracht sämtlicher Beurteilungselemente (vgl. E. 4) als unverhältnismässig. Angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin mit einem Einreiseverbot von einem Jahr hinreichend Rechnung getragen wird. Dadurch erhalten die Beschwerdeführerin und ihre in der Schweiz lebenden Söhne ferner die Möglichkeit, sich zeitnah bei den zuständigen kantonalen Behörden um eine Aufenthaltsbewilligung zu bemühen.

5.7 Aus diesen Erwägungen folgt, dass das auf drei Jahre bemessene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf den 14. August 2017 zu befristen.

6.

6.1 Aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG (vgl. BVGer act. 10) sind für dieses Verfahren keine Kosten zu erheben.

6.2 Für die der Beschwerdeführerin erwachsenen notwendigen Kosten ist ihr im Umfang des Obsiegens eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Für den darüber hinausgehenden Aufwand ist der als amtlicher Anwalt eingesetzte Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Art. 12 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht ([VGKE, SR 173.320.2]).

6.3 Das Gericht setzt die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte ausgehend von der eingereichten Kostennote (BVGer act. 13) fest. In Berücksichtigung des Umfangs und der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie der aktenkundigen Bemühungen erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand von 996 Minuten

überhöht. Insbesondere sind die „geplanten“ Positionen nicht im veranschlagten Umfang notwendig, weshalb sie auf 30 Minuten zu kürzen sind. Für das Verfassen der Beschwerdeschrift und der Replik erscheint – unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Streitsache – ein Zeitaufwand von insgesamt 420 Minuten (statt 510 Minuten) angemessen. Das Honorar ist folglich nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 3'305.10 (inkl. Spesen; inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) zu kürzen (vgl. Art. 65 Abs. 2 und 3 VwVG i.V.m. Art. 9 ff. VGKE). Vom genannten Betrag entfallen Fr. 2'000.- auf die Parteientschädigung, die zulasten der Vorinstanz geht, und Fr. 1'305.10 auf das amtliche Honorar, das zulasten der Gerichtskasse geht. Gelangt die Beschwerdeführerin später zu hinreichenden Mitteln, so hat sie dem Gericht das amtliche Honorar zu vergüten (vgl. Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot auf den 14. August 2017 befristet.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteient-schädigung von Fr. 2'000.- auszurichten.

4.

Dem amtlich bestellten Anwalt, Rainer Cao, wird zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'305.10 zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Formular Zahl-adresse)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Martin Kayser

Ardian Nikolla

Versand: