



Abteilung VI
F-5665/2019

Urteil vom 21. Juli 2021

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Rajeevan Linganathan, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. [...], Staatsangehöriger von Sri Lanka) reiste am 10. Februar 2016 illegal in die Schweiz ein und ersuchte am gleichen Tag um Asyl. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 lehnte das SEM das Asylgesuch ab und wies ihn aus der Schweiz weg. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 18. Januar 2019 letztinstanzlich ab. In der Folge setzte das SEM dem Beschwerdeführer eine Frist bis 5. März 2019 an, um die Schweiz zu verlassen. Am 24. Februar 2019 reichten er und seine Verlobte – eine in der Schweiz vorläufig aufgenommene Landsfrau des Beschwerdeführers – beim Migrationsamt des Kantons Luzern ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltbewilligung zwecks Ehevorbereitung ein. Hierauf ersuchte das SEM am 1. März 2019 die kantonale Migrationsbehörde, den Vollzug der Wegweisung vorübergehend auszusetzen. Am 13. Juni 2019 trat das kantonale Migrationsamt auf das Gesuch vom 24. Februar 2019 nicht ein. Am 24. Juni 2019 hob das SEM die per 1. März 2019 erfolgte Aussetzung des Wegweisungsvollzugs auf.

Am 18. September 2019 ordnete das Migrationsamt des Kantons Luzern die Ausschaffungshaft an und gewährte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur allfälligen Verhängung eines Einreiseverbots, wovon innert Frist jedoch kein Gebrauch gemacht wurde (der damalige Rechtsvertreter legte am 21. September das Mandat nieder). Noch am gleichen Tag wurde der Beschwerdeführer nach Sri Lanka ausgeschafft.

B.

Am 26. September 2019 verhängte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot (gültig bis 25. September 2022). Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) an. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

C.

Mit Eingabe vom 28. Oktober 2019 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Ferner ersuchte er um Erteilung (gemeint: Wiederherstellung) der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverteidigung.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 13. November 2019 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab. Gleichzeitig hiess es das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und ordnete dem Beschwerdeführer den unterzeichnenden Rechtsvertreter als unentgeltlichen Rechtsbeistand bei.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 10. Januar 2020 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

F.

Mit Replik vom 20. März 2020 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung Stellung. In ihrer Duplik vom 3. April 2020 hielt die Vorinstanz vollumfänglich an ihrer Verfügung und Vernehmlassung fest. Am 8. April 2020 wurde die Duplik dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht.

G.

Mit ergänzender Eingabe vom 21. April 2020 reichte der Beschwerdeführer eine Bestätigung des Zivilstandsamts der Stadt Luzern vom 1. April 2020 ein, wonach das Ehevorbereitungsverfahren abgeschlossen sei.

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 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 verfügt 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).

3.2 Der Bestand und die Dauer des Einreiseverbots sind unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu überprüfen. Abstufungen betreffend die Dauer ergeben sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). 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 Abs. 1 AIG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

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 [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).

4.

4.1 Zur Begründung des Einreiseverbots führt die Vorinstanz an, um die Wegweisung zu vollziehen, hätten die Ausschaffungshaft und das Aufgebot einer polizeilichen Begleitung ins Heimatland angeordnet werden müssen. Mit seinem unkooperativen Verhalten habe der Beschwerdeführer den Schweizer Behörden hohe Ausreisekosten verursacht. Gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG sei deshalb eine Fernhaltungsmassnahme anzuordnen.

4.2 Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, beim Migrationsamt des Kantons Luzern sei ein Ehevorbereitungsverfahren hängig, weshalb der Erlass sowie die Aufrechterhaltung des Einreiseverbots nicht zulässig sei. Ferner habe er sich nicht unkooperativ verhalten und die Schweiz freiwillig verlassen. Die Anordnung der Ausschaffungshaft sei nicht notwendig gewesen. Das kantonale Migrationsamt hätte ihm eine neue Ausreisefrist ansetzen müssen. Er habe daher gutgläubig davon ausgehen dürfen, das Ehevorbereitungsverfahren in der Schweiz abwarten zu können. Er habe in keinerlei Hinsicht ein Risiko beziehungsweise eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dargestellt. Zudem sei die Dauer des Einreiseverbots von drei Jahren – auch im Falle der Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft – angesichts der engen Beziehung zu seiner Verlobten unverhältnismässig.

4.3 In der Vernehmlassung hält die Vorinstanz daran fest, dass der Beschwerdeführer trotz mehrmaligen Aufforderungen die Schweiz nicht freiwillig verlassen habe. Das Migrationsamt des Kantons Luzern habe eine polizeilich kontrollierte Rückführung organisieren müssen, wobei eine polizeiliche Überwachung des Abflugs durchgeführt worden sei. Zudem sei beim Migrationsamt des Kantons Luzern kein Ehevorbereitungsverfahren hängig.

4.4 Der Beschwerdeführer bringt in seiner Replik vor, das kantonale Migrationsamt habe Kenntnis vom Ehevorbereitungsverfahren gehabt. Als er wider Erwarten durch das Migrationsamt festgenommen worden sei, habe er ohne Widerstand kooperiert und sich bereit erklärt, das Verfahren im Ausland abzuwarten.

5.

5.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung als Fernhaltegrund insbesondere die Anordnung der Ausschaffungshaft angeführt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist für diesen Fernhaltegrund eine von ihm ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht erforderlich (vgl. Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG), weshalb die Vorinstanz allein schon aus diesem Grund ein Einreiseverbot anordnen durfte.

5.2 Sofern sich seine Begründung gegen die von der kantonalen Migrationsbehörde am 18. September 2019 angeordnete Ausschaffungshaft richtet, kann sie im vorliegenden Verfahren nicht gehört bzw. kann deren Rechtmässigkeit grundsätzlich nicht (mehr) in Frage gestellt oder neu beurteilt werden. Abgesehen davon trifft es nicht zu, dass er sich im Hinblick auf die Ausreise aus der Schweiz kooperativ verhalten hat. Nachdem das Migrationsamt des Kantons Luzern am 13. Juni 2019 nicht auf das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat eingetreten war, wobei ein Anspruch auf Familiennachzug selbst bei geschlossener Ehe verneint wurde, und in der Folge weder der Beschwerdeführer noch seine Verlobte einen beschwerdefähigen Entscheid in der Sache verlangt hatten, durfte er nach der Aufhebung des Vollzugsstopps am 24. Juni 2019 auch nicht mehr gutgläubig davon ausgehen, er könne das beim Zivilstandsamt der Stadt Luzern (und nicht beim Migrationsamt des Kantons) hängige Ehevorbereitungsverfahren weiterhin in der Schweiz abwarten. Noch am 4. Juli 2019, als ihn die kantonale Migrationsbehörde unter Androhung der Anordnung der Ausschaffungshaft ausdrücklich aufgefordert hatte, die Schweiz definitiv zu verlassen, weigerte er sich, nach Sri Lanka ausreisen (vgl. Ausreisegespräch vom 4. Juli 2019 Ziff. 2). Erst als er am 18. September 2019 seitens der kantonalen Migrationsbehörde mit einem weiteren Verbleib in der Ausschaffungshaft konfrontiert worden war – sollte er den am gleichen Tag gebuchten Rückflug nicht antreten – erklärte der Beschwerdeführer sich bereit, auszureisen (vgl. Haftbefragung vom 18. September 2019 Ziff. 17).

5.3 Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Fernhaltemassnahme gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG sind erfüllt.

6.

6.1 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.

Für den Beschwerdeführer wurde die Ausschaffungshaft angeordnet, da die Gefahr bestand, dass er sich einer Ausschaffung entziehen würde. Aufgrund seiner bis dahin unkooperativen Haltung sah sich das kantonale Migrationsamt auch gezwungen, eine polizeilich überwachte Rückführung zu organisieren, wobei die Kosten (personeller Aufwand für die Verhaftung, Zuführung zum Flughafen, Überwachung des Abflugs und Flugkosten) von der öffentlichen Hand übernommen werden mussten (vgl. Stellungnahme des Migrationsamts des Kantons Luzern vom 12. Dezember 2019). Allerdings musste der Beschwerdeführer – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung – nicht polizeilich ins Heimatland begleitet werden, weshalb diesbezüglich nicht von besonders hohen Ausreisekosten auszugehen ist. Dennoch besteht aufgrund dieser Kosten ein öffentliches Interesse, eine künftige Belastung der öffentlichen Finanzen zu vermeiden. Das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung ist evident.

6.2 Als privates Interesse führt der Beschwerdeführer seine hier lebende Verlobte sowie das inzwischen abgeschlossene Ehevorbereitungsverfahren an. Nach erfolgter Heirat seien die Voraussetzungen für einen Familiennachzug gegeben. Das Einreiseverbot verunmögliche jedoch eine Einreise.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um ein Aufenthaltsrecht geht, sondern um eine Fernhaltungsmassnahme. Eine allfällige Beeinträchtigung des Familien- und Privatlebens ist daher nur soweit rechtserheblich, als sie unmittelbar auf das Einreiseverbot zurückzuführen ist. Eine nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung zwischen ihm und seiner Verlobten, die unter den Schutz von Art. 8 EMRK fallen würde, liegt offensichtlich nicht vor. Ferner kann das Einreiseverbot auf begründetes Gesuch hin (z.B. Heirat) für eine kurze Zeitspanne suspendiert werden (vgl. BVGE 2011/48 E. 2.6 f.). Einem nach der Heirat eingereichten Familiennachzugsgesuch würde das Einreiseverbot ebenfalls nicht im Wege stehen. Sollten die Schweizer Behörden einem solchen Gesuch

stattgeben, hätte die Vorinstanz für die Aufhebung der Fernhaltungsmassnahme zu sorgen. Zudem steht es dem Beschwerdeführer offen, den Kontakt zu seiner Verlobten mittels moderner Kommunikationsmittel zu pflegen. Das Einreiseverbot hat demnach keine erhebliche Beeinträchtigung der Beziehung zwischen ihm und seiner Verlobten zur Folge. Weitere Verbindungen zur Schweiz sind nicht ersichtlich.

6.3 Eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen ergibt, dass das Einreiseverbot im Grundsatz zu bestätigen ist. In Anbetracht der die Fernhaltungsmassnahme auslösenden Gründe (vgl. E. 5.2 vorstehend) sowie gestützt auf vergleichbare Fälle (vgl. bspw. Urteil des BVGer 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 als unverhältnismässig. Das Einreiseverbot ist somit auf zwei Jahre zu befristen.

7.

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.

8.

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 25. September 2021 – zu befristen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

9.

9.1 Bei diesem Verfahrensausgang ist von einem Obsiegen des Beschwerdeführers zu einem Drittel auszugehen, womit er die Verfahrenskosten zu zwei Dritteln zu tragen hätte (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Angesichts der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 65 Abs. 1 VwVG ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten.

9.2 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 amtlicher Anwalt bestellte Parteivertreter entsprechend zu entschädigen. Der Rechtsvertreter stellte in der am 20. März 2020 eingereichten Honorarnote eine Entschädigung von Fr. 1'920.10 (inkl. Auslagen und Zuschlag für die Mehrwertsteuer) in Rechnung. Der dabei geltend gemachte zeitliche Aufwand (7.90 Std.) und der Stundenansatz (Fr. 220.-) sind nicht zu beanstanden. Allerdings ist – was die Parteientschädigung betrifft – keine Mehrwertsteuer bzw. kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer auszurichten, weil der Wohnsitz des Beschwerdeführers als Empfänger der anwaltschaftlichen Dienstleistung im Ausland liegt (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 18 Abs. 1 MWSTG [SR 641.20] sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE; vgl. auch Urteil des BVGer F-3638/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 8). Eine solche ist nur für den Teil auszurichten, der dem amtlichen Anwalt zukommt. Dem Beschwerdeführer ist somit eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'874.40 (Parteientschädigung von Fr. 594.30 sowie amtliches Honorar von Fr. 1280.10) 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 25. September 2021 befristet. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 594.30 zugesprochen.

4.

Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers wird aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 1280.10 ausgerichtet.

5.

Der Beschwerdeführer hat das amtliche Honorar des Rechtsvertreters dem Bundesverwaltungsgericht zu vergüten, wenn er später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

6.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular "Zahladresse")
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Amt für Migration des Kantons Luzern (ad LU [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Susanne Genner

Rudolf Grun

Versand: