



Abteilung VI
F-5861/2019

Urteil vom 8. Februar 2021

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Fulvio Haefeli,
Richter Andreas Trommer,
Gerichtsschreiberin Annina Mondgenast.

Parteien

A._____,
vertreten durch Dr. iur. René Bussien,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (französischer Staatsangehöriger, geb. [...]) lebt gemäss eigenen Angaben mit seiner Ex-Ehefrau und den zwei gemeinsamen, mittlerweile erwachsenen Kindern in Y._____. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Region Bern-Mittelland vom 4. November 2019 wurde er des Betrugs schuldig erklärt und mit einer bedingten Geldstrafe von 96 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, sowie mit einer Verbindungsbusse von Fr. 720.–. Ihm wurde vorgeworfen, er habe mit anderen Tätern einem Ehepaar vorgespielt, dass eine syrische alleinstehende Ärztin in die Schweiz kommen und vorab ihr Vermögen in die Schweiz transferieren möchte, wofür sie jedoch Hilfe brauche. Bei einem Treffen wurde dem Ehepaar gegen eine Versicherungssteuer von EUR 4'800.– ein Geldtresor übergeben. Jemand werde danach den Code vorbeibringen und zeigen, wie das Geld in der Box versiegelt worden sei. Bei der Ausführung dieses Schrittes wurden der Beschwerdeführer und ein Mittäter durch die Polizei angehalten. Sie hatten dabei sämtliche Utensilien zur Durchführung eines «Wash-Wash»-Tricks auf sich. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer gemäss eigenen Aussagen Einsprache.

B.

Am 5. November 2019 wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Anordnung von Entfernungsg- und Fernhaltungsmassnahmen gewährt. Gleichentags verfügte der Migrationsdienst des Kantons Bern die Wegweisung aus der Schweiz.

C.

Mit Verfügung vom 5. November 2019 (eröffnet gleichentags) verhängte die Vorinstanz ein dreijähriges Einreiseverbot für die Schweiz und Liechtenstein (gültig ab 8. November 2019 bis 7. November 2022) und entzog einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

D.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. November 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

E.

Gleichen Tags reichte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht auch eine Beschwerde gegen den Wegweisungsentscheid des Migrationsdienstes des Kantons Bern ein.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 19. November 2019 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gut und forderte den Beschwerdeführer auf, einen Kostenvorschuss zu leisten. Die Beschwerde gegen die kantonale Wegweisungsverfügung leitete es zuständigkeitshalber an die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern weiter.

G.

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Beiordnung des rubrizierten Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Gesuche mit Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2019 gut. Gleichzeitig lud es die Vorinstanz zur Vernehmung ein. Diese liess sich am 17. Januar 2020 vernehmen. Der Beschwerdeführer replizierte am 20. März 2020.

H.

Das Bundesverwaltungsgericht forderte den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. April 2020 auf, seine geltend gemachten privaten Interessen darzulegen, unter Beilage der entsprechenden Beweise. Weiter sei das Gericht über den aktuellen Stand des hängigen Strafverfahrens zu informieren und laufend über den Verfahrensstand in Kenntnis zu setzen.

I.

Mit Eingabe vom 23. April 2019 äusserte sich der Beschwerdeführer zu seinen privaten Interessen und legte einen Arztbericht vom 11. November 2019 sowie ein Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Juni 2016 zu den Akten. Am 15. Dezember 2020 reichte er einen Arbeitsvertrag vom 30. Oktober 2020 als Vermögensberater bei der X. _____ GmbH nach.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot im Sinne von 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 als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 48 ff. VwVG).

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 eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BVGE 2014/1 E. 2).

3.

Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger Frankreichs und damit einer Vertragspartei des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681). Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG ist daher das ordentliche Ausländerrecht – bestehend aus dem AIG und seinen Ausführungsverordnungen – nur soweit anwendbar, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder die Bestimmungen des ordentlichen Ausländerrechts günstiger sind.

4.

4.1 Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, welches als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse umfasst, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt

wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3; BVGE 2009/35 E. 6.4.1). Im Zentrum steht das Recht, vor dem Erlass einer belastenden Verfügung angehört zu werden (Art. 30 VwVG). Mit dem Gehörsanspruch korreliert die Pflicht der Behörden, die Vorbringen tatsächlich zu hören, ernsthaft zu prüfen und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen. Die Begründungspflicht dient der rationalen und transparenten Entscheidungsfindung und soll die Betroffenen in die Lage versetzen, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Das setzt voraus, dass die Behörde die Überlegungen nennt, von denen sie sich beim Entscheid leiten liess. Dabei ist sie nicht gehalten, zu jedem Argument der Partei explizit Stellung zu nehmen. Es genügt, wenn aus der Gesamtheit der Begründung implizit hervorgeht, weshalb das Vorgebrachte als unrichtig oder unwesentlich übergangen wird (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2; BVGE 2012/24 E. 3.2). Die Begründung muss dabei nicht zwingend in der Verfügung selbst enthalten sein; es genügt, dass sich die Begründung aus einer separaten schriftlichen Mitteilung ergibt (UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxis-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 35 N 13 m.H.).

4.2 Die Vorinstanz erwähnte in ihrer Verfügung nicht, dass auf den Beschwerdeführer die Bestimmungen des FZA anwendbar sind. Anlässlich der Vernehmlassung führte sie aus, insgesamt sei eine hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 5 Anh. I FZA zu bejahen, ohne dies näher zu erläutern. Damit hat sie einen entscheidungswesentlichen Aspekt ausser Acht gelassen. Aus der Begründung geht sodann nicht hervor, welche privaten Interessen des Beschwerdeführers bei der Interessensabwägung berücksichtigt wurden. Die Vorinstanz hielt lediglich pauschal fest, dass die Fernhaltemassnahme von drei Jahren auch unter Berücksichtigung der privaten Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sei. In der Vernehmlassung äusserte sie sich dazu nicht. Die angefochtene Verfügung ist damit mangelhaft begründet und verletzt den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör.

5.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Regel reformato-
risch. Nur ausnahmsweise wird eine angefochtene Verfügung kassiert und an die Vorinstanz zurückgewiesen. Vorliegend liegt der Mangel der angefochtenen Verfügung in einer Verletzung des rechtlichen Gehörs (Begründungspflicht). Eine Heilung ist aufgrund der Schwere der Verletzung ausgeschlossen. Unter den vorliegenden Umständen rechtfertigt sich gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts die Kassation der angefochtenen

Verfügung. Dem Beschwerdeführer bleibt auf diese Weise der Instanzenzug erhalten.

5.2 Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Die Verfügung vom 5. November 2019 ist aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

6.2 Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Es wurde keine Kostennote eingereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 750.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 750.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Annina Mondgenast

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: