



---

Abteilung VI  
F-6367/2020

## **Urteil vom 5. August 2021**

---

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro, Richter Fulvio Haefeli,  
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch **B.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

**Sachverhalt:****A.**

Die aus Serbien stammende Beschwerdeführerin (geb. [...]) reiste am 17. November 2020 als Beifahrerin eines Personenwagens von der Schweiz via Österreich nach Deutschland, wo man sie an der Grenze einer polizeilichen Kontrolle unterzog. Bei der Einreisebefragung gab sie an, sich vom 19. September 2020 an in Baden/AG aufgehalten zu haben und sich nun auf dem Rückweg nach Serbien zu befinden. Weil die zuständige deutsche Grenzkontrollbehörde den Verdacht hegte, die betreffende Person habe sich zu lange im Schengen-Raum aufgehalten, wurde sie tags darauf aufgrund eines entsprechenden Rückübernahmeabkommens beim Strassenzollamt Au/SG der Kantonspolizei St. Gallen zugeführt und dort vorläufig festgenommen. Im Rahmen der Einvernahme durch dieselbe Behörde wurde der Beschwerdeführerin gleichentags das rechtliche Gehör bezüglich einer allfälligen Entfernungs- und Fernhaltemassnahme gewährt.

**B.**

Am 18. November 2020 erliess das Migrationsamt des Kantons St. Gallen gegenüber der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) eine sofort vollstreckbare Wegweisung. Auf Anordnung der kantonalen Migrationsbehörde wurde sie gleichentags in Ausschaffungshaft genommen und am 20. November 2020 nach Serbien ausgeschafft.

**C.**

Aufgrund dieses Sachverhalts verhängte die Vorinstanz über die Beschwerdeführerin ein ab dem 21. November 2020 gültiges Einreiseverbot für die Dauer von zwei Jahren. Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung dieser Massnahme im Schengener Informationssystem (SIS) an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung führte das Staatssekretariat aus, bei einer Kontrolle am 17. November 2020 sei festgestellt worden, dass sich die betreffende Person weit über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus im Schengen-Raum aufgehalten habe. Aus diesem Grunde habe sie die zuständige Behörde wegweisen, wobei die Ausschaffungshaft angeordnet worden und die Wegweisung sofort zu vollstrecken gewesen sei. Gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a AIG sei deshalb eine Fernhaltemassnahme anzuordnen.

**D.**

Mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 17. De-

zember 2020 beantragt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Einreiseverbot rückgängig zu machen. Sodann seien die eingezogenen Gebühren zurückzuerstatten.

Das Rechtsmittel war mit Kopien der Stempel aus ihrem Reisepass, der Kopie eines Bustickets vom 18. September 2020 sowie zwei Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Kempten (Allgäu) vom 29. November 2020 und 4. Dezember 2020 (einen Freund der Beschwerdeführerin bzw. sie selber betreffend) ergänzt.

#### **E.**

Mit Strafbefehl vom 5. Januar 2021 verurteilte das Untersuchungsamt Altstätten die Beschwerdeführerin wegen illegalen Aufenthalts zu einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je Fr. 30.– (bei einer Probezeit von zwei Jahren) sowie einer Busse von Fr. 100.–.

Gegen diesen Strafbefehl erhob die Beschwerdeführerin Einsprache.

#### **F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Januar 2021 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und bringt unter Bezugnahme auf den Strafbefehl vom 5. Januar 2021 ergänzend vor, die Beschwerdeführerin habe die visumsfreie Aufenthaltsdauer von 90 Tagen im Zeitraum von 180 Tagen um 16 Tage überschritten. Aus diesem Grunde sei sie in Ausschaffungshaft genommen und per sofort weggewiesen worden. Schon deshalb seien die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreisverbots gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a und Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG erfüllt.

#### **G.**

Mit Replik vom 27. Januar 2021 hält die Beschwerdeführerin am eingereichten Rechtsmittel und dessen Begründung fest.

#### **H.**

Am 29. Juni 2021 liess die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht eine vom 11. Mai 2021 datierende Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen zukommen. Daraus ging hervor, dass das Strafverfahren gegen sie eingestellt worden war.

#### **I.**

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 VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG), soweit sie sich gegen die angefochtene Verfügung richtet. Nicht einzutreten ist auf das in der Beschwerdeschrift gestellte Rechtsbegehren 2 («Rückerstattung der eingezogenen Gebühren.»), handelt es sich hierbei doch um ein nicht im Verfahren i.S. Einreiseverbot geleistetes Depositum.

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. c Ziff. 1 BGG).

### **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das BVGer wendet 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. Massgeblich ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

### **3.**

**3.1** Das SEM verfügt Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AIG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AIG) oder die

betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert Frist nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AIG). Es kann sodann Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, 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). Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere vor bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften oder behördlichen Verfügungen (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt (Art. 77a Abs. 2 VZAE). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). 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 zweiter Satz 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** 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** Das SEM wirft der Beschwerdeführerin vor, sich weit über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus im Schengen-Raum aufgehalten zu haben. Weil ihr gegenüber danach eine sofort vollstreckbare Wegweisung verfügt und sie in Ausschaffungshaft genommen wurde, erachtet die Vorinstanz die Fernhaltegründe von Art. 67 Abs. 1 Bst. a und Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG als erfüllt. Ergänzend verweist sie in der Vernehmlassung hierbei auf den Strafbefehl des Untersuchungsamtes Altstätten vom 5. Januar 2021.

**4.2** Die Beschwerdeführerin hält – insbesondere unter Vorlage der Stempel in ihrem Reisepass und zweier Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Kempten – dagegen, den visumsfreien Aufenthalt im Schengen-Raum von 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen nicht überschritten zu haben. Im Rahmen der Aktualisierung des Rechtsmittels reichte sie eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen vom 11. Mai 2021 nach.

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerin darf sich als serbische Staatsangehörige während 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen grundsätzlich bewilligungsfrei im Schengen-Raum bewegen (Art. 20 Abs. 1 SDÜ in der Fassung der Verordnung [EU] Nr. 610/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 [ABl. L 182/1 vom 29.06.2013]). Eigener Darstellung zufolge gelangte sie am 9. Februar 2020 in den Schengen-Raum. Diesen verliess sie am 19. Februar 2020 wieder und kehrte in ihre Heimat zurück. Dort blieb sie bis im Sommer, als sie ferienhalber vom 2. Juli 2020 bis 9. Juli 2020 in Kroatien weilte. Am 18. September 2020 reiste sie mit dem Bus über Kroatien in den Schengen-Raum und anschliessend in die Schweiz weiter, wo sie sich bis zum 17. November 2020 aufhielt. Zum Nachweis ihrer Angaben reichte sie Kopien aus ihrem Reisepass mit den entsprechenden Stempeln ein, ergänzt mit einem Busticket, laut welchem sie am 18. September 2020 von der serbischen Stadt X. \_\_\_\_\_ nach Basel reiste (vgl. BVGer act. 1, Beilagen 1 und 2). Daraus ergibt sich für die fragliche Zeitspanne eine Aufenthaltsdauer von 71 Tagen. Die Vorinstanz stützt sich derweil auf ihre im Zusammenhang mit der Kontrolle der deutschen Grenzpolizei vom 17. November 2020 unterbreiteten Unterlagen (Akten der Vorinstanz [SEM act.] 2, pag. 21-39). Darin wird der betreffenden Person zusätzlich ein Aufenthalt im Schengen-Raum vom 20. Februar 2020 bis 30. Juni 2020 (also weitere 132 Tage) zur Last gelegt (siehe Formular «Berechnung Aufenthaltsdauer», unter SEM act. 2, pag. 19). Diese Unterlagen bildeten Grundlage der von den jeweils zuständigen Behörden später erlassenen Massnahmen (Wegweisung, Ausschaffungshaft, Einreiseverbot). In casu stellt sich primär die Frage, ob das SEM zu Recht angenommen hat, die Beschwerdeführerin habe sich zu lange im Schengen-Raum aufgehalten.

**5.2** Die Vorinstanz nimmt in der Vernehmlassung Bezug auf den Strafbefehl des Untersuchungsamtes Altstätten vom 5. Januar 2021. Dieser Strafbefehl war allerdings nicht rechtskräftig, vielmehr wurde das diesbezügliche Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen auf

Einsprache hin am 11. Mai 2021 eingestellt (BVGer act. 12). Wohl kann ein Einreiseverbot unabhängig von einem Strafverfahren erlassen und grundsätzlich auch dann verhängt werden, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt (vgl. dazu etwa Urteil des BVGer F-3903/2020 vom 14. Mai 2021 E. 5.2.1 m.H.). Die Einstellung des Strafverfahrens hat somit keinen unmittelbaren Einfluss auf das verwaltungsrechtliche Verfahren. Die Grundsätze der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit gebieten allerdings, dass widersprüchliche Entscheide zwischen Straf- und Administrativbehörden im Rahmen des Möglichen zu vermeiden sind, soweit sie auf den gleichen Tatsachen beruhen (BGE 139 II 95 E. 3.2; 137 I 363 E. 2.3.2; Urteile des BGer 2C\_21/2019 vom 14. November 2019 E. 4.2 und 1C\_98/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.4; Urteil des BVGer F-7521/2015 vom 20. Dezember 2016 E. 5.5). In diesem Sinne entfernt sich das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht ohne Not von den Feststellungen des Sachverhalts des Strafrichters. Das Gleiche gilt für die rechtliche Würdigung, soweit sie sehr stark von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt (BGE 104 Ib 358 E. 3).

**5.3** Die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen hat das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin wegen Widerhandlung gegen das AIG mit Verfügung vom 11. Mai 2021 eingestellt. Sie stützte sich dabei auf Art. 319 Abs. 1 Bst. a der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0). In der Einstellungsverfügung führte die Staatsanwaltschaft aus, die Beschwerdeführerin habe angegeben, dass es nicht möglich sei, dass sie sich vom 20. Februar 2020 bis 30. Juni 2020 in der Schweiz aufgehalten zu haben. Auch in den Passkopien figurieren keine entsprechenden Stempel. Zwecks Verifizierung besagter Angaben habe sich die Strafbehörde an die rapportierende Polizeistation gewandt, wo indes keine weiteren Ein- und Ausreisestempel vorhanden gewesen seien. Bei dieser Sachlage könne der Beschwerdeführerin bezüglich rechtswidrigen Aufenthalts (Overstay) kein strafbares Verhalten nachgewiesen werden, weshalb das Strafverfahren gegen sie einzustellen sei.

**5.4** Das Bundesverwaltungsgericht würdigt die Beweise frei (Art. 40 BZP [SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG; BGE 137 II 266 E. 3.2; 130 II 482 E. 3.2). Die Beschwerdeführerin hat zum Nachweis ihrer Ausführungen Passkopien ins Recht gelegt. Auch ihre Aussagen, welche sie am 17. November 2020 gegenüber der deutschen Grenzkontrollbehörde sowie am 18. November 2020 gegenüber der Kantonspolizei St. Gallen machte (siehe SEM act. 2, pag. 35/36 bzw. act. 5, pag. 99-102), erscheinen zusammen mit dem

vorgelegten Busticket plausibel, stimmen mit den Ein- und Ausreisestempeln in ihrem Reisepapier überein und sprechen gegen eine Überschreitung der zulässigen Aufenthaltsdauer. Wie es auf dem Formular «Berechnung Aufenthaltsdauer» zu den zusätzlichen Einträgen kam (Einreise «20/02/2020», Ausreise «30/06/2020») konnte – wie angetönt – nicht mehr verifiziert werden. Hervorzuheben gilt es an dieser Stelle, dass diese beiden Stempel auch auf den Passkopien, welche die Vorinstanz in ihrem Dossier abgelegt hat, nicht vorhanden sind (SEM act. 2, pag. 50-55). Zu ergänzen wäre, dass die deutschen Behörden der Beschwerdeführerin auch einen Aufenthalt vom 3. Juli 2020 bis 8. Juli 2020 anrechneten, wiewohl es sich hierbei um einen Aufenthalt in Kroatien handelte, das nicht zum Schengen-Raum gehört. Schliesslich gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass Reisen im Frühjahr 2020 aufgrund der Covid-19-Pandemie nur unter sehr erschwerten Bedingungen möglich waren. Aufgrund dessen und weil die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, anders als die Vorinstanz, bei der rapportierenden Polizeistation weitere Abklärungen tätigte, besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass, von den Erkenntnissen der Strafbehörde abzuweichen. In Würdigung sämtlicher Beweise ist es der Beschwerdeführerin mithin gelungen, glaubhaft darzulegen, dass der für sie zulässige bewilligungsfreie Aufenthalt im Kontrollzeitpunkt am 17. November 2020 noch nicht abgelaufen war. Somit liegt kein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor. Damit ist auch den der angefochtenen Verfügung zugrunde liegenden Fernhaltegründen von Art. 67 Abs. 1 Bst. a und Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG die Grundlage entzogen.

**5.5** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine der in Art. 67 AIG festgelegten Voraussetzungen für die Verhängung einer Fernhalte-massnahme erfüllt sind.

## **6.**

Aus diesen Gründen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung bundesrechtswidrig ist (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

## **7.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder der Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, da der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin keine verhältnismässig hohen Kosten erwachsen sind (Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über

die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht  
[VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv nächste Seite

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Daniel Grimm

Versand: