



Abteilung VI
F-7166/2018

Urteil vom 1. Mai 2019

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn, Richter Martin Kayser,
Gerichtsschreiber Mathias Lanz.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Dr. iur. Patrick Götze, Rechtsanwalt,
Rechtskraft Advokatur & Business Coaching,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der mazedonische Staatsangehörige A. _____ (geboren 1988; nachfolgend: Beschwerdeführer) wurde anlässlich einer Personenkontrolle am 20. April 2018 in Rorschach angehalten und vorläufig festgenommen. Während der gleichentags durchgeführten Einvernahme gestand er gegenüber der Kantonspolizei St. Gallen ein, sich über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus im Schengen-Raum aufgehalten zu haben. Im Rahmen der polizeilichen Einvernahme wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Anordnung von Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen gewährt (Akten des Migrationsamtes St. Gallen [SG-act.] 3 ff.). Noch am 20. April 2018 wies das Migrationsamt des Kantons St. Gallen den Beschwerdeführer mit einer sofort vollstreckbaren Verfügung aus der Schweiz weg (SG-act. 20 ff.). Am 22. April 2018 wurde er in Ausschaffungshaft genommen (SG-act. 24 ff. und act. 67).

B.

Mit Strafbefehl vom 22. April 2018 befand das Untersuchungsamt St. Gallen den Beschwerdeführer des rechtswidrigen Aufenthalts für schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.– sowie zu einer Busse von Fr. 250.– (SG-act. 69 ff.). Der Strafbefehl erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

C.

Das Staatssekretariat für Migration (nachfolgend: Vorinstanz) erliess am 23. April 2018 gegenüber dem Beschwerdeführer ein zweijähriges Einreiseverbot und ordnete dessen Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem SIS II an (mit Wirkung für das gesamte Gebiet der Schengen-Staaten). Einer allfälligen Beschwerde entzog die Vorinstanz vorsorglich die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung des Einreiseverbots führte die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer sei von der zuständigen Behörde weggewiesen worden, wobei eine Ausschaffungshaft angeordnet worden sei (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 2/37 ff.).

D.

Am 25. April 2018 verliess der Beschwerdeführer die Schweiz (SG-act. 35 ff.).

E.

Mit Beschwerde vom 23. Mai 2018 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die vorinstanzliche Verfügung

vom 23. April 2018 sei vollumfänglich aufzuheben und vom Erlass eines Einreiseverbots sei abzusehen. Eventualiter sei die Vorinstanz zur Neubeurteilung zu verpflichten, subeventualiter sei das Einreiseverbot auf ein Jahr zu befristen (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

F.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess mit Urteil F-6148/2018 vom 10. Dezember 2018 ein Revisionsgesuch des Beschwerdeführers gut, hob seinen Nichteintretensentscheid vom 19. September 2018 auf und nahm das vorliegende Beschwerdeverfahren wieder auf, nachdem der Beschwerdeführer darlegen konnte, dass eine Drittperson den einverlangten Kostenvorschuss fristgerecht für ihn bezahlt hatte.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 21. Januar 2019 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 6).

H.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Von der Vorinstanz erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20]).

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 Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Per 1. Januar 2019 hat das AIG eine Teilrevision sowie eine Namensänderung erfahren (Änderung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2016, AS 2018 3171). Gleichzeitig sind die Änderungen vom 15. August 2018 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt

und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in Kraft getreten (AS 2018 3173). Da sich inhaltlich an den einschlägigen Gesetzesbestimmungen nichts geändert hat, erübrigen sich weitere Bemerkungen zum intertemporal anwendbaren Recht.

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 Entscheides (BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und insbesondere eine Verletzung der Begründungspflicht (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 ff. VwVG).

3.1 Tatsächlich nennt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid den eigentlichen Fernhaltegrund des rechtswidrigen Aufenthalts nicht direkt, sondern nimmt in allgemeiner Weise Bezug auf die erfolgte Wegweisung und die angeordnete Ausschaffungshaft. Zutreffend ist weiter, dass sich die Vorinstanz zur Verhältnismässigkeit der Massnahme nur summarisch geäussert und sich mit den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers kaum auseinandergesetzt hat. Es kann jedoch nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe die Motive für die Anordnung des Einreiseverbots nicht gekannt oder es sei ihm nicht möglich gewesen, die Tragweite der Massnahme zu erkennen und diese sachgerecht anzufechten (BGE 142 II 324 E. 3.6; 141 III 28 E. 3.2.4). Entgegen seinem aktenwidrigen Vorbringen wurde ihm vor Erlass des Einreiseverbots das rechtliche Gehör zur Anordnung einer Fernhalte-massnahme gewährt (SG-act. 7). Vor diesem Hintergrund erscheint die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör – soweit eine solche überhaupt zu bejahen ist – als nicht besonders schwerwiegend.

3.2 Der Beschwerdeführer hatte im vorliegenden Verfahren die Gelegenheit, ergänzende Standpunkte vorzutragen, die vom Bundesverwaltungsgericht mit derselben Kognition wie die Vorinstanz beurteilt werden. Aus prozessökonomischen Gründen ist daher von einer Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neubegründung abzusehen und prozessuale Mängel im Zusammenhang mit dem Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs sind als behoben zu betrachten (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BVGE 2012/24 E. 3.4).

4.

4.1 In materieller Hinsicht bestreitet der Beschwerdeführer nicht, sich vom 19. Oktober 2017 bis zum 18. November 2017 und vom 10. Februar 2018 bis zum 20. April 2018 im Schengen-Raum und damit über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten zu haben. Der entsprechende Strafbefehl des Untersuchungsamtes St. Gallen vom 22. April 2018 ist in Rechtskraft erwachsen. Es besteht kein Anlass, in rechtlicher oder in tatsächlicher Hinsicht von diesem Straferkenntnis abzuweichen (vgl. Urteile des BVGer F-7993/2016 vom 5. März 2019 E. 6.5; F-1130/2017 vom 18. Oktober 2018 E. 4.1.2). Der Beschwerdeführer hat somit ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE bzw. aArt. 80 Abs. 1 Bst. a VZAE, in der bis 31. Dezember 2018 geltenden Fassung). Der Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG ist gegeben. Allfällige Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften hat sich der Beschwerdeführer anrechnen zu lassen. Ihm obliegt es, sich über die bestehenden Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften zu informieren (statt vieler: Urteil des BVGer F-3163/2017 vom 12. März 2019 E. 6.2).

4.2 Soweit die Vorinstanz das Einreiseverbot mit der am 20. April 2018 gestützt auf Art. 64d Abs. 2 Bst. b AIG verfügten, sofort vollstreckbaren Wegweisung, oder mit der gleichentags gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AIG angeordneten Ausschaffungshaft begründet, so braucht aufgrund des gegebenen Fernhaltegrundes von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG vorliegend nicht weiter darauf eingegangen zu werden. Das Bundesverwaltungsgericht kann ein Einreiseverbot auch mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (Art. 62 Abs. 4 VwVG; BVGE 2009/61 E. 6.1; 2007/41 E. 2; Urteile des BVGer F-1021/2018 vom 17. August 2018 E. 6.2; F-2409/2017 vom 29. Mai 2018 E. 4.3). Das rechtliche Gehör zum Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG wurde dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 14. Februar 2019 gewährt.

Demzufolge kann vorliegend offen bleiben, ob die gegenüber dem Beschwerdeführer rechtskräftig angeordnete Ausschaffungshaft rechtens und mithin der Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. c AIG gegeben war (vgl. Urteil des BVGer F-1021/2018 vom 17. August 2018 E. 6).

4.3 Zu prüfen bleibt, ob das angefochtene Einreiseverbot als solches und in seiner Dauer in pflichtgemässer Ermessensausübung angeordnet wurde und vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 96 AIG; BGE 139 II 121 6.5.1; BVGE 2016/33 E. 9).

4.3.1 Als mazedonischer Staatsangehöriger mit einem biometrischen Reisepass durfte sich der Beschwerdeführer während 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen visumsfrei im Schengen-Raum aufhalten (Art. 4 Abs. 3 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 [aVEV, SR 142.204, in Kraft bis 14. September 2018] i.V.m. Anhang II der Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind [ABl. L 81 vom 21.03.2001], in Kraft bis 17. Dezember 2018, und Art. 6 Abs. 1 Bst. b der Verordnung [EU] 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK, ABl. L 77 vom 23.03.2016]). Im Zeitraum von 180 Tagen, welcher der polizeilichen Anhaltung am 20. April 2018 voranging (23. Oktober 2017 – 20. April 2018), hielt sich der Beschwerdeführer insgesamt während 97 Tagen im Schengen-Raum und damit sieben Tage widerrechtlich in der Schweiz auf.

4.3.2 Angesichts dieser Überschreitung der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer im Schengen-Raum (sog. „Overstay“) besteht bereits aus generalpräventiven Gründen ein öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers. Die ausländerrechtliche Ordnung ist durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2). Aber auch unter dem Aspekt der Spezialprävention scheint die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme als gerechtfertigt, hat sich doch der Beschwerdeführer – wie dargelegt – nicht um die Rechtslage gekümmert beziehungsweise seine Partikularinteressen über diejenigen der öffentlichen Ordnung gestellt. Dem solchermassen begründeten öffentlichen Interesse am Einreiseverbot stellt der Beschwerdeführer eine damit einhergehende Beeinträchtigung seiner Beziehungen zu seinem Bruder in Österreich, zu seinem Onkel in der Schweiz sowie zu weiteren Verwandten und Freunden

in der Schweiz und in Österreich gegenüber. Mangels hinreichender Beziehungsintensität fallen diese sozialen Kontakte aber entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht in den Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK respektive nach Art. 13 Abs. 1 BV (BGE 144 II 1 E. 6.1; 135 I 143 E. 3.1). Das beschwerdeführerische Interesse an diesen Kontakten wiegt das Fernhalteinteresse selbst unter Berücksichtigung der Bedeutung des Familienzusammenhalts in der mazedonischen Kultur sowie der von ihm in der Schweiz verbrachten Jugendjahre nicht auf. Beziehungen in der Schweiz und im Schengen-Raum kann für die beschränkte Massnahmedauer grundsätzlich mit technischen Kommunikationsmitteln, mit einer zeitweiligen Massnahmesuspension (Art. 67 Abs. 5 AIG) oder mit Gesuchen um Einreise aus humanitären Gründen (Art. 6 Abs. 5 Bst. c SGK) beziehungsweise um Ausstellung eines Visums mit räumlich beschränkter Gültigkeit (Art. 25 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex, Abl. L 243/1 vom 15.09.2009]) Rechnung getragen werden.

4.3.3 Die wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen ergibt, dass die Vorinstanz das Einreiseverbot zu Recht angeordnet hat. Angesichts des zeitlichen Umfangs der Übertretungshandlung (Overstay von nur sieben Tagen) erscheint die verhängte Fernhalte-massnahme aber in ihrer Dauer als unangemessen lang; sie ist auf den Zeitpunkt des vorliegenden Urteils zu befristen.

4.4 Verhältnismässig, zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten notwendig und nicht zu beanstanden ist die Ausschreibung des Einreiseverbots im Schengener Informationssystem, hat der Beschwerdeführer doch gegen zentrale ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Ziff. 2 und Ziff. 3 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS II] [SIS-II-VO, Abl. L 381/4 vom 28.12.2006]).

4.5 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz mit der Anordnung eines zweijährigen Einreiseverbotes Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und die Dauer des Einreiseverbots auf das Datum des vorliegenden Urteils zu begrenzen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 600.– dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und der Restbetrag des geleisteten Kostenvorschusses ist ihm zurückzuerstatten (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]). Im Umfang seines Obsiegens ist dem Beschwerdeführer zudem eine gekürzte Parteienschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Mangels Kostennote ist die Parteienschädigung aufgrund der Akten bei Fr. 500.– festzusetzen (vgl. Art. 8 ff. VGKE und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

6.

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

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Dauer des Einreiseverbots wird auf das Datum des vorliegenden Urteils begrenzt.

2.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden dem bereits geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 400.– wird zurückerstattet.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben;
Beilage: Formular „Zahladresse“)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...] / N [...])
- das Migrationsamt des Kantons St. Gallen (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Mathias Lanz

Versand: