



Urteil vom 7. Oktober 2019

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiberin Barbara Giemsa-Haake.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Stephan A. Buchli, Rechtsanwalt,

Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der aus Kosovo stammende A. _____, geboren 1969, wurde nach illegalem Aufenthalt in der Schweiz im Januar 1993 vorläufig aufgenommen. Zwei Eheschliessungen mit Schweizer Bürgerinnen führten dazu, dass ihm 1996 und 2001 eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Während der formellen Dauer beider Ehen unterhielt er eine aussereheliche Beziehung zu einer Landsfrau, mit welcher er 1993 eine Imam-Ehe eingegangen war und drei Kinder zeugte. Im Jahr 2002 erhielt er eine Niederlassungsbewilligung. 2006, nach der Scheidung von seiner zweiten Schweizer Ehefrau, heiratete er eine 25-jährige Frau (Jahrgang 1981) mit kosovarischen Wurzeln.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. November 2014 wurde A. _____ zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt, dies wegen mehrfachen gewerbsmässigen Betrugs, mehrfacher Gehilfenschaft zum Betrug, mehrfachen betrügerischen Konkurses und Pfändungsbetrugs, mehrfacher Misswirtschaft, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung sowie Widerhandlung gegen das Waffengesetz (zum vorstehenden sowie zum nachfolgenden Sachverhalt B: siehe Sachverhalt des Urteils des Bundesgerichts 2C_169/2017 vom 6. November 2017).

B.

Aufgrund dieser Verurteilung widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich am 13. Juni 2016 die Niederlassungsbewilligung von A. _____ und setzte ihm eine Ausreisefrist. Die daraufhin erhobenen innerkantonalen Rechtsmittel blieben erfolglos, ebenso die nachfolgende Beschwerde an das Bundesgericht, welche mit Urteil vom 6. November 2017 abgewiesen wurde.

Die Ehe von A. _____ und seiner dritten, 1981 geborenen Ehefrau war bereits am 8. November 2016 geschieden worden.

C.

Mit Verfügung vom 10. Januar 2018 verhängte das SEM über A. _____ ein fünfjähriges Einreiseverbot und veranlasste seine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II). Zur Begründung verwies es auf die vom Bezirksgericht Zürich abgeurteilten De-

likte und führte aus, dass angesichts der an den Tag gelegten grossen kriminellen Energie und Schwere der Verstösse ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung bestehe.

D.

Gegen diese Verfügung erhob A. _____ mit Rechtsmitteleingabe vom 14. Februar 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In der Hauptsache beantragt er, die Verfügung bzw. das Einreiseverbot per sofort aufzuheben; zumindest sei von der Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) abzusehen.

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe sich zwar strafbar gemacht, habe sich im Strafverfahren aber *ausserordentlich kooperativ* verhalten und einen teilbedingten Strafvollzug mit einer zweijährigen Probefrist durchlaufen. Da er Ersttäter gewesen sei, habe das Bezirksgericht bezüglich seiner Bewährung keine Bedenken gehabt und ihm ein gute Legalprognose gestellt. Diese habe sich auch erfüllt, denn er habe nach den zuletzt im Jahr 2010 begangenen Straftaten keine neuen Delikte mehr begangen. Dass er gewillt und fähig sei, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten, habe er damit unter Beweis gestellt. Das von der Vorinstanz behauptete grosse öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung bestehe folglich nicht. Zudem habe die Vorinstanz seinen privaten Interessen nicht Rechnung getragen. Diese seien schon deshalb gewichtig, weil er *in persönlicher, verwandtschaftlicher und freundschaftlicher Hinsicht stark mit der Schweiz verbunden und hier fest verwurzelt* sei. Abgesehen davon bestehe für die Ausschreibung im SIS II, zu welcher er sich nicht äussern können, keine Grundlage, weil er in Deutschland eine Aufenthaltsbewilligung besitze.

E.

Das gleichzeitig mit der Beschwerde eingereichte Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wies das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2018 ab mit der Begründung, dass immer noch ein erhebliches und die privaten Interessen des Beschwerdeführers übersteigendes öffentliches Fernhaltungsinteresse anzunehmen sei. Es hielt gleichzeitig fest, dass die deutsche Aufenthaltsbewilligung – weil bereits abgelaufen – der SIS-Ausschreibung nicht entgegenstehe.

F.

Mit Eingabe vom 28. Februar 2018 beantragte der Beschwerdeführer die Wiedererwägung oben genannter Zwischenverfügung, dies, weil der Beleg

für den bis zum 19. Dezember 2019 verlängerten Aufenthaltstitel in Deutschland offensichtlich übersehen worden sei. Dieser stehe der SIS-Ausschreibung definitiv entgegen.

G.

Mit Instruktionsverfügung vom 2. März 2018 nahm das Bundesverwaltungsgericht Bezug auf die vom Beschwerdeführer vorgenommene Richtigstellung und lud die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein. Diese änderte die angefochtene Verfügung dahingehend ab, dass sie die SIS-Ausschreibung aufhob, an dem für die Schweiz und Liechtenstein geltenden Einreiseverbot jedoch festhielt. Insoweit, so der Antrag ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2018, sei die Beschwerde abzuweisen.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 22. März 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 28. Februar 2018 ab und stellte fest, dass die Erwägungen der vorhergehenden Zwischenverfügung für den jetzt eingeschränkten Gültigkeitsbereich des Einreiseverbots weiterhin zuträfen.

I.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Vom SEM erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz 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). Über sie entscheidet das Bundesverwaltungsgericht 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 sowie – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet 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 Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 mit Hinweisen).

3.

3.1 In formeller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, die angefochtene Verfügung sei schon deshalb aufzuheben, weil ihm die Vorinstanz kein rechtliches Gehör zur beabsichtigten SIS-Ausschreibung eingeräumt habe. Letzteres trifft zwar insoweit zu, als ihm die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. Dezember 2017 – dieses gerichtet an seinen Rechtsvertreter – ein Einreiseverbot in Aussicht stellte und Gelegenheit zur Stellungnahme bot, ohne die Ausschreibung im SIS II explizit zu erwähnen. Dem Rechtsvertreter, welcher sich daraufhin am 5. Januar 2018 zum beabsichtigten Einreiseverbot äusserte, ist allerdings entgegenzuhalten, dass dieser die Akzessorietät beider Massnahmen hätte kennen und wissen müssen, dass ein Einreiseverbot, je nach Bedeutung des Falles, die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) nach sich zieht (vgl. Art. 21 und Art. 24 SIS II-Verordnung sowie Art. 20 – 22 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 [SR 362.0])). Der Beschwerdeführer hätte somit ohne Weiteres noch vor Verfügungserlass auf sein Aufenthaltsrecht in Deutschland hinweisen und dadurch die SIS-Ausschreibung verhindern können.

3.2 Vor diesem Hintergrund war die Verfügung in dem Zeitpunkt, in welchem sie erlassen wurde, nicht zu beanstanden. Der erst im Beschwerdeverfahren erfolgte Hinweis auf den in Deutschland bestehenden Aufenthaltstitel führte nachträglich zur Aufhebung der SIS-Ausschreibung, weshalb das vorliegende Beschwerdeverfahren in diesem Punkt gegenstandslos geworden ist.

4.

4.1 Landesrechtliche Grundlage der angefochtenen Verfügung vom 10. Januar 2018 ist Art. 67 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20). Dieser ist inhaltlich identisch mit Art. 67 des Ausländergesetzes (AuG), welches auf den 1. Januar 2019 hin eine namentliche und inhaltliche Anpassung erfuhr. Die Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung zählen eine Reihe von Tatbeständen auf, welche unter Vorbehalt von Absatz 5 ein Einreiseverbot nach sich ziehen oder nach sich ziehen können.

4.2 Gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG kann das SEM gegen ausländische Personen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, ein Einreiseverbot verfügen. Dieses wird – so Art. 67 Abs. 3 AIG – für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt, kann aber für eine längere Dauer angeordnet werden, wenn von der ausländischen Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (vgl. BVEG 2014/20 E. 5). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann von der Verhängung eines Einreiseverbots abgesehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufgehoben werden (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.3 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, welche in Bezug auf die Regelungen zum Einreiseverbot weiterhin massgeblich ist). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O. S. 3809). In diesem Sinne liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]; inhaltlich identisch mit 80 Abs. 1 Bst. a VZAE in der bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung). 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. 77a Abs. 2 VZAE; inhaltlich identisch mit 80 Abs. 2 VZAE in der bis zum 31. Dezember 2018 geltenden

Fassung). 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 BVerfG F-7649/2016 vom 13. März 2018 E. 3.2 m.H.).

5.

5.1 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung mit der Verurteilung des Beschwerdeführers vom 12. November 2014 begründet. Zweifellos stellen die ihr zugrundeliegenden Delikte (vgl. Sachverhalt A) Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, was vom Beschwerdeführer auch gar nicht bestritten wird. Allerdings meint er, die von ihm ausgehende Gefahr sei zu relativieren, weil die von ihm letztmals im Jahr 2010 begangenen Straftaten schon lange zurücklägen und er mittlerweile seine Bereitschaft, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten, unter Beweis gestellt habe. Das von ihm behauptete Wohlverhalten erlaubt im gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch noch keine günstige Gefahrenprognose, zumal im bundesgerichtlichen Verfahren, welches den Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung zum Gegenstand hatte, *das sicherheitspolizeiliche Interesse an der Wegweisung* als erheblich eingestuft wurde (vgl. zitiertes Urteil des BVerfG 2C_169/2017 E. 3.8). Auch im dortigen Verfahren hatte der Beschwerdeführer dieselben Einwände wie im vorliegenden Verfahren vorgebracht und insbesondere auf seine Kooperation bei der Strafuntersuchung, die fehlenden Vorstrafen und die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs hingewiesen. Das Bundesgericht hat diese Einwände unberücksichtigt gelassen. Dabei hat es zum einen klargestellt, dass die genannten strafmildernden Gründe im Strafmass von 36 Monaten – schon dieses indiziere ein *erhebliches migrationsrechtliches Verschulden* – berücksichtigt worden seien, zum anderen, dass der bedingte Strafaufschub die Regel sei, von welcher nur bei explizit ungünstiger Prognose abgewichen werden dürfe. Darüber hinaus hat das Bundesgericht betont, dass der strafrechtlichen Verurteilung eine fortgesetzte Delinquenz von mindestens fünf Jahren zugrunde gelegen habe, womit der Beschwerdeführer seine über mehrere Jahre anhaltende Bereitschaft zu Gesetzesbrüchen demonstriert habe (vgl. zitiertes Urteil des BVerfG 2C_169/2017 E. 3.6). Diese Argumentation lässt sich auf das vorliegende Verfahren, in welchem es um die Fernhaltung des Beschwerdeführers geht, übertragen.

5.2 Die Vorinstanz hat das über den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf fünf Jahre befristet. Die Dauer der Massnahme liegt demzufolge an der obersten Grenze der in Art. 67 Abs. 3 Satz 1 AIG genannten Regelhöchstdauer, welche – gemäss Satz 2 – lediglich dann überschritten

werden darf, wenn die betroffene Person eine *schwerwiegende Gefahr* für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Insoweit ist festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer begangenen Delikte weder hochwertige Rechtsgüter wie beispielsweise Leib und Leben betreffen noch zur Schwerekriminalität mit u.a. grenzüberschreitendem Charakter gehören und daher, einzeln betrachtet, für keine derartige Gefahr sprechen. Gesamthaft betrachtet befinden sie sich angesichts ihrer Kontinuität und insbesondere angesichts der betrügerisch erschlichenen finanziellen Leistungen von mehr als 1,2 Millionen Franken – darunter auch öffentliche Gelder – äusserst nahe an der Grenze, an welcher sie potenziell eine aktuelle und schwerwiegende Gefahr begründen (zur Schwere der vom Beschwerdeführer begangenen Delikte: siehe zitiertes Urteil des BGer 2C_169/2017 E. 3.3; zu den Voraussetzungen der schwerwiegenden Gefahr bzw. der Anwendbarkeit von Art. 67 Abs. 3 Satz 2 AIG: vgl. insbesondere BGE 139 II 121 E. 6.3 und BVGE 2013/4 E. 7.2.4).

6.

6.1 Zu prüfen bleibt, ob die Fernhaltmassnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. 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 ET AL., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, S. 125).

6.2 Das vom Beschwerdeführer an den Tag gelegte strafbare Verhalten und dessen Begleitumstände indizieren ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung. Das infolgedessen anzuordnende Einreiseverbot hat vor allem spezialpräventiven Charakter: Während seiner Gültigkeit soll es dem Beschwerdeführer die Möglichkeit nehmen, seine Delinquenz fortzuführen; für die Zeit danach soll es warnend wirken und ihn bei künftigen Einreisen in schweizerisches oder liechtensteinisches Gebiet von weiteren Verstössen gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit abhalten (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2 m.H.). Ebenfalls zu berücksichtigen sind generalpräventive Aspekte, welche die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmepaxis schützen sollen und damit zu einer insgesamt funktionierenden Rechtsordnung beitragen (vgl. Urteil des BGer

2C_516/2014 vom 24. März 2015 E. 3.2 m.H.). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Strafrecht und Ausländerrecht unterschiedliche Ziele verfolgen und unabhängig voneinander anzuwenden sind. Während der Strafvollzug neben der Sicherheitsfunktion eine resozialisierende Zielsetzung hat, stellen die Migrationsbehörden die öffentliche Sicherheit und Ordnung in den Vordergrund und wenden bei ihrer Legalprognose einen strengeren und über die strafrechtliche Bewährungsfrist hinausgehenden Massstab an (vgl. BGE 137 II 233 E. 5.2.2). Vor diesem Hintergrund ist das für die Dauer von fünf Jahren verfügte Einreiseverbot – vorbehältlich der noch durchzuführenden Interessenabwägung – prinzipiell nicht zu beanstanden.

6.3 Dem öffentlichen Interesse an seiner Fernhaltung sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers gegenüberzustellen. Dieser beruft sich in seiner Rechtsmitteleingabe auf seinen hiesigen 25-jährigen Aufenthalt und seine starke Verbundenheit mit der Schweiz, Aspekte, welche schon aufgrund der widerrufenen Niederlassungsbewilligung nicht in Betracht fallen. Den in der Schweiz bestehenden verwandtschaftlichen Beziehungen kommt ebenfalls kein entscheidendes Gewicht zu. Derartige Beziehungen können die Verhältnismässigkeit der Massnahme schon deshalb nicht in Frage stellen, weil ansonsten das Instrument des Einreiseverbots gegenüber allen Personen mit Familienangehörigen in der Schweiz per se unzulässig wäre (vgl. Urteil des BGer 2C_270/2015 vom 6. August 2015 E. 8.2). Zudem gehören die in der Schweiz lebenden Verwandten des Beschwerdeführers, zu denen nähere Angaben fehlen, ganz offensichtlich nicht zur Kernfamilie. Die aus seiner ausserehelichen Beziehung hervorgegangenen Kinder – geboren 1994, 1996 und 1998 – zählen jedenfalls, unabhängig vom derzeitigen Lebensmittelpunkt, schon aufgrund ihrer Volljährigkeit nicht mehr dazu. Dass der Beschwerdeführer die in der Schweiz vorhandenen verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Kontakte nicht mehr vor Ort pflegen kann, hat er als zwangsläufige Folge des Einreiseverbots hinzunehmen.

6.4 Nach alledem führt die Abwägung der vorliegenden öffentlichen und privaten Interessen zum Ergebnis, dass das auf fünf Jahre befristete Einreiseverbot eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

7.

Die angefochtene Verfügung war somit bundesrechtskonform (vgl. Art. 49 VwVG). Das vom Beschwerdeführer erst in der Rechtsmitteleingabe geltend gemachte Aufenthaltsrecht in Deutschland führte dazu, dass die Vorinstanz die SIS-Ausschreibung aufhob und dass die Beschwerde insoweit gegenstandslos wurde. Bezüglich des verbliebenen Verfahrensgegenstands – des Einreiseverbots für die Schweiz und Liechtenstein – ist die Beschwerde demzufolge abzuweisen.

8.

Da der Beschwerdeführer die teilweise Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bewirkt hat (vgl. E. 3.1), sind ihm entsprechend dem Ausgang des Verfahrens die gesamten Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 f. und Art. 5 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Aufgrund des insoweit vollständigen Unterliegens steht ihm auch keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Dispositiv nächste Seite

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird – soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist – abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (mit den Akten[...])

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Fulvio Haefeli

Barbara Giemsa-Haake

Versand: