Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-6455/2009
{T 0/2}

Urteil vom 2. Februar 2010

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Blaise Vuille, Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A._____,
vertreten durch **T**._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreisesperre.

Sachverhalt:

A.
Die aus Bolivien stammende A._____ (geb. 1980, nachfolgend Beschwerdeführerin) gelangte am 24. April 2005 mit einem Touristvisum in die Schweiz. Nach Ablauf des für drei Monate bewilligten Besuchsaufenthaltes hielt sie sich jedoch weiterhin in der Schweiz, namentlich in Zürich auf, ging nach ihren eigenen Angaben ca. Mitte April 2006 nach Spanien und kehrte ca. Mitte Mai 2006 wieder in die Schweiz zurück, ohne im Besitze eines Visums bzw. einer entsprechenden Aufenthaltsberechtigung zu sein. Am 6. April 2007 wurde sie in Zürich festgenommen und am folgenden Tag von der Stadtpolizei zur Einreise ohne Visum und zum rechtswidrigen Verweilen im Lande befragt, wobei ihr auch mitgeteilt wurde, dass sie mit fremdenpolizeilichen Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen zu rechnen habe. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 8. April 2007 wurde die Beschwerdeführerin deswegen schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu Fr. 30.- bestraft. Am gleichen Tag wurde sie aus der Haft entlassen und vom Migrationsamt des Kantons Zürich aufgefordert, die Schweiz unverzüglich zu verlassen.

B.
Mit Verfügung vom 12. April 2007 verhängte die Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin eine Einreisesperre von drei Jahren. Die Massnahme wurde – mit Verweis auf Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 121) – mit groben Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften (vorsätzliches rechtswidriges Verweilen im Lande, Missachten der Meldepflicht) begründet. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Am 28. April 2007 verliess die Beschwerdeführerin die Schweiz über den Flughafen Zürich und kehrte nach Bolivien zurück.

C.
Die Einreisesperre wurde der Beschwerdeführerin erst am 5. Oktober 2009 eröffnet, nachdem sich ihr Bruder gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde und der Vorinstanz als bevollmächtigter Vertreter seiner Schwester ausgewiesen und um Akteneinsicht ersucht hatte.

D.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 13. Oktober 2009 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Zur Begründung wird im Wesentlichen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend gemacht. In der polizeilichen Einvernahme vom 7. April 2007 sei es um Fragen allgemeiner Natur gegangen und nicht um Wegweisung oder Einreisesperre. Die Beschwerdeführerin habe sich somit zur Zumutbarkeit einer Wegweisung und zu einer dreijährigen Einreisesperre nicht äussern können. Das BFM habe auf der Grundlage der Polizeiprotokolle verfügt. Ein Antrag des Kantons Zürich liege nicht vor. Ebenso fehle eine ausreichende Begründung des BFM für die Einreisesperre.

E.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2009 auf Abweisung der Beschwerde, wobei sie insbesondere auf den in gleicher Angelegenheit erlassen Strafbefehl vom 8. April 2007 sowie den Antrag der Migrationsbehörde des Kantons Zürich vom 12. April 2007 (recte: 10. April 2007) verweist.

F.
Mit Replik vom 21. Dezember 2009 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich am gestellten Begehren und ihrer Begründung fest und beantragt Einsicht in den von der Vorinstanz erwähnten Antrag der kantonalen Migrationsbehörde.

G.
Am 23. Dezember 2009 stellte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin eine Kopie des besagten Antrags zu und schloss den Schriftenwechsel. Nachdem der Vertreter der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. Januar 2010 um Einsicht in alle beim BFM zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Einreisesperre zur Verfügung gestanden Unterlagen ersucht hatte, verwies ihn die Instruktionsrichterin mit Schreiben vom 15. Januar 2010 an diejenigen Behörden, welche über die Aktenhoheit verfügen (BFM, Migrationsamt des Kantons Zürich). Gleichzeitig wurde ihm mitgeteilt, dass – mit Ausnahme des kantonalen Antrags – bereits Akteneinsicht gewährt worden war.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Anordnung einer Einreisesperre 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 Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsbetroffene legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 50 und Art. 52 VwVG), soweit es um die von der Vorinstanz verfügte Einreisesperre geht. Bei dieser handelt es sich um eine reine Fernhaltemassnahme, die ihre Wirkung erst beim Verlassen der Schweiz entfaltet. Sie kann daher nicht Grundlage einer Wegweisung sein. In casu wurde die Wegweisung der Beschwerdeführerin denn auch durch das Migrationsamt des Kantons Zürich angeordnet (vgl. Wegweisungsverfügung/Ausreiseaufforderung vom 8. April 2007). Die Überprüfung der Rechtsmässigkeit einer durch den Kanton angeordneten Wegweisung fällt nicht in die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 33 VGG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7642/2007 vom 23. Dezember 2009 E. 1.3) und kann demzufolge auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit ihrer Wegweisung ist demnach nicht einzugehen.

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Beschwerdeangelegenheit endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechts-

erheblichen Sachverhaltes sowie, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, 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 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. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-135/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

3.
Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 wurde das ANAG abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziff. I des Anhangs zum AuG). Auf Verfahren, die vor dem Inkrafttreten des AuG eingeleitet wurden, bleibt das bisherige Recht anwendbar. Dabei ist ohne Belang, ob das Verfahren auf Gesuch hin oder von Amtes wegen eröffnet wurde (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG; BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Die angefochtene Verfügung erging vor dem Inkrafttreten des AuG. Für die materielle Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist daher auf die altrechtliche Regelung, insbesondere auf Art. 13 Abs. 1 ANAG und die einschlägigen Bestimmungen der ebenfalls aufgehobenen Verordnungen (vgl. Art. 91 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 1423.201]) abzustellen.

4.
Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil sie vor Erlass der Einreisesperre nicht angehört worden sei bzw. sich dazu nicht habe äussern können. Ebenso fehle eine ausreichende Begründung für die Fernhaltemassnahme.

4.1 Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass ihr anlässlich der Einvernahme durch die Stadtpolizei Zürich betreffend die ihr zur Last gelegten Widerhandlungen gegen das ANAG (Einreise ohne Visum und rechtswidriges Verweilen im Lande) mitgeteilt wurde, sie habe aufgrund der erwähnten Gesetzesbestimmungen mit einer Einreisesperre

zu rechnen (vgl. Einvernahmeprotokoll der Stadtpolizei Zürich vom 7. April 2007 S. 9 unten). Die Beschwerdeführerin hat sich dazu auch konkret geäussert (vgl. Einvernahmeprotokoll a.a.O. S. 10 oben). Von einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann daher keine Rede sein, auch wenn die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht durch die verfügende Behörde selbst und in einem anderen Verfahren erfolgt ist (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 30 N 16 und N 34; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-4509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 3 und C-2492/2008 vom 31. August 2009 E. 3.2).

4.2 Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind die Behörden verpflichtet, schriftliche Verfügungen zu begründen. Die Begründungspflicht ist – ebenso wie die Pflicht zur vorgängigen Anhörung – Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Sie gewährleistet dem Verfügungsadressaten die Möglichkeit, wirksam Beschwerde zu führen (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen).
Zwar trifft es zu, dass die Begründung der angefochtenen Verfügung sehr knapp ausgefallen ist und sich im Ergebnis in einem Hinweis auf die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Widerhandlungen gegen das ANAG (vorsätzliches rechtswidriges Verweilen im Lande, Missachten der Meldepflicht) erschöpft. Allein aufgrund des Wortlauts dieser Begründung wusste die Beschwerdeführerin aber genau, dass damit die von ihr in der Schweiz verbrachte Zeit zwischen April 2005 und April 2007 gemeint war. Zudem wusste sie durch die Einvernahme vom 7. April 2007 und den Strafbefehl vom 8. April 2007, dass es sich um denselben Sachverhalt handelt, der bereits Gegenstand des Strafverfahrens war. Es ist somit nicht erkennbar, inwiefern es der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen sein soll, ihre Parteirechte im Beschwerdeverfahren wirksam wahrzunehmen und sich mit dem ihr zur Last gelegten Sachverhalt auseinanderzusetzen. Ihr diesbezüglicher Einwand ist deshalb als offensichtlich unmassgeblich zurückzuweisen.

4.3 Schliesslich ist unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs auch nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin erst im Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht Kenntnis vom an die Vorinstanz gerichteten Antrag der kantonalen Migrationsbehörde zum Erlass einer Einreisesperre erhielt und sich dazu vorgängig nicht

äussern konnte. Einerseits enthält dieser Antrag keine Begründung, zu der sich die Beschwerdeführerin hätte äussern können. Andererseits ist ein Antrag des Kantons und somit auch eine diesbezügliche Begründung für den Erlass einer Einreisesperre gar nicht notwendig, zumal das BFM eine Fernhaltemassnahme von Amtes wegen verfügen kann, wenn es – unabhängig vom Vorliegen eines Antrags – Kenntnis von einem entsprechenden Sachverhalt erhält.

5.

5.1

Die eidgenössische Behörde kann, für höchstens drei Jahre, eine Einreisesperre verhängen über ausländische Personen, die sich grobe oder mehrfache Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Bestimmungen und gestützt darauf erlassene behördliche Verfügungen haben zuschulden kommen lassen. Während der Einreisesperre ist der ausländischen Person jeder Grenzübertritt ohne ausdrückliche Ermächtigung der verfügenden Behörde untersagt (Art. 13 Abs. 1 Sätze 2 und 3 ANAG).

5.2 Gestützt auf diesen Tatbestand kann eine Fernhaltemassnahme verhängt werden, wenn die ausländische Person objektiv gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften verstossen hat und ihr der Gesetzesverstoss zum Vorwurf gereicht. Als grob im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG ist eine Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Bestimmungen – unabhängig vom Verschulden des oder der Betroffenen – immer dann zu qualifizieren, wenn sie zentrale, für das Funktionieren der fremdenpolizeilichen Ordnung wichtige Bereiche berührt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6231/2007 vom 7. November 2008 E. 5.2 mit Hinweisen).

6.

6.1 Die Einreise einer ausländischen Person ist dann rechtmässig, wenn die Vorschriften über den Besitz von Ausweisschriften, das Visum, die Grenzkontrolle usw. beobachtet worden sind und der Einreise kein persönliches Verbot, wie Ausweisung, Einreisesperre, Einreisebeschränkung entgegenstand (Art. 1 Abs. 2 ANAV). Zur Einreise bedürfen ausländische Personen eines gültigen und anerkannten Passes. Abweichende Regelungen in bilateralen oder multilateralen Abkommen bleiben vorbehalten (Art. 2 der Verordnung vom 14. Januar 1998 über die Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern

[VEA, AS 1998 194]). Ferner benötigen sie ein Visum, sofern sie nicht von dieser Pflicht befreit sind (Art. 3 und 4 VEA).

6.2 Es steht fest, dass die Beschwerdeführerin zwar am 24. April 2005 mit einem Touristvisum rechtmässig einreiste, das Land nach Ablauf der dreimonatigen Gültigkeitsdauer des Visums jedoch nicht verliess und sich weiterhin bis ca. Mitte April 2006 rechtswidrig in der Schweiz aufhielt. Danach verliess sie die Schweiz für kurze Zeit und reiste ohne im Besitze eines Visums zu sein ca. Mitte Mai 2006 wieder in die Schweiz ein, wo sie sich bis zu ihrer Verhaftung vom 7. April 2007 erneut illegal aufhielt. Dafür wurde sie auch strafrechtlich belangt.

6.3 Die Beschwerdeführerin hat somit Normen missachtet, denen im Gefüge der ausländerrechtlichen Ordnung zentrale Bedeutung beizumessen ist, weshalb der Verstoss als grob im Sinne der vorerwähnten Terminologie zu gelten hat und mit einer Fernhaltemassnahme geahndet werden kann.

6.4 Der ihr zur Last gelegte Sachverhalt wird auf Beschwerdebene denn auch mit keinem Wort bestritten. Aufgrund des ihr anlässlich der ersten Einreise in die Schweiz ausgestellten Visums wusste die Beschwerdeführerin ganz genau, dass sie die Schweiz nach drei Monaten hätte verlassen müssen und für eine erneute Einreise wiederum eine Einreisebewilligung benötigt hätte. Das Bewusstsein, mit ihrem Verweilen in der Schweiz rechtswidrig gehandelt zu haben, geht im Übrigen auch unmissverständlich aus ihren Angaben bei der Einvernahme durch die Stadtpolizei Zürich hervor. Auf die Frage, weshalb sie sich an ihrem Aufenthaltsort in der Schweiz nicht angemeldet hatte, gab sie zur Antwort, eine Anmeldung sei nicht möglich gewesen (vgl. Einvernahmeprotokoll vom 7. April 2007 S. 2 f.). Die Voraussetzungen für den Erlass einer Einreisesperre gemäss Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG sind somit zweifellos erfüllt.

7.

7.1

Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme 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 Besonder-

heiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 613 ff.).

7.2 Das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin wiegt objektiv schwer (mehrfache Widerhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften, Dauer des rechtwidrigen Aufenthalts). Sie hat mit ihrem Verhalten Normen verletzt, die für die ausländerrechtliche Ordnung von zentraler Bedeutung sind. An der Einhaltung der fremdenpolizeilichen Ordnung im Allgemeinen und der Einreise- sowie Aufenthaltsvorschriften im Besonderen besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse. Hinweise, dass die angefochtene Massnahme gewichtige persönliche Interessen verletzt, sind nicht ersichtlich: Die Beschwerdeführerin hat sich in ihrer Rechtsmitteleingabe diesbezüglich nicht geäussert. Auch ist aus den Akten – mit Ausnahme des hier lebenden Bruders – nicht auf persönliche oder familiäre Beziehungen in der Schweiz zu schliessen. Im Übrigen kann der Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Bruder während der Dauer der Fernhaltemassnahme auf andere Weise als durch Besuche in der Schweiz gepflegt werden (Briefverkehr, Telefonate oder durch Reisen des Bruders ins Heimatland der Beschwerdeführerin).

7.3 Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Anordnung der Einreisesperre als solche nicht zu beanstanden ist und sich deren Dauer von drei Jahren unter Berücksichtigung der Praxis in vergleichbaren Fällen als verhältnismässig und angemessen erweist.

8.
Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt; sie ist auch angemessen (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 600.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem am 23. Oktober 2009 geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich mit den Akten ZH [...]

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Teuscher	Rudolf Grun

Versand: