Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-457/2009
{T 0/2}

Urteil vom 10. Mai 2010

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiber Jürg Tiefenthal.

Parteien

F._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Simo Filipovic,
Odvjetnik, Gunduliceva 2, HR-32100 Vinkovci,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Der kroatische Staatsangehörige F._____ (geboren am 22. Mai 1976, nachfolgend: Beschwerdeführer) reiste während Jahren regelmässig in die Schweiz ein, letztmals – gemäss Passeintrag – am 31. März 2008 zwecks Besuchs seiner in Altdorf/UR wohnhaften Freundin M._____ (kroatische Staatsangehörige, geb. 1969, mit Niederlassungsbewilligung). Am 15. November 2008 wurde der Beschwerdeführer im Rahmen einer durchgeführten Kontrolle des Abgabeverbots von Alkohol an Jugendliche von der Kantonspolizei Uri dabei ertappt, wie er im Restaurant X._____ in Altdorf, dem Gastgewerbebetrieb seiner Freundin, eine Dose Bier an zwei Jugendliche verkaufte. Er wurde in der Folge wegen Verstosses gegen das kantonale Gastwirtschaftsgesetz sowie das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) verzeigt. Schliesslich führten am 20. November 2008 Inspektoren der tripartiten Arbeitsmarktkommission wegen des Verdachts von Schwarzarbeit eine Kontrolle im Restaurant X._____ durch, trafen dabei den Beschwerdeführer inflagranti bei der Schwarzarbeit an, worauf sie ihn verzeigten. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte die zuständige Migrationsbehörde am 24. November 2008 die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz mit Ausreisefrist bis zum 29. November 2008.

B.
Der Beschwerdeführer reiste am 25. November 2008 kontrolliert via Chiasso/TI in sein Heimatland aus.

C.
Auf Antrag des Migrationsamts des Kantons Uri, welches noch zusätzliche Strafregisterabklärungen veranlasst hatte, erliess das BFM am 22. Dezember 2008 gegen den Beschwerdeführer ein fünfjähriges Einreiseverbot mit Gültigkeit bis zum 1. Dezember 2013, das ihm am 16. Januar 2009 eröffnet wurde. Zur Begründung der Massnahme nahm die Vorinstanz auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG Bezug und führte aus, der Beschwerdeführer habe wegen eines Strafverfahrens im Ausland (Betrug) sowie Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung in der Schweiz (Schwarzarbeit) gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Aus den genannten Gründen entzog die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung. Am

12. März 2009 veranlasste die Vorinstanz die Ausschreibung des Beschwerdeführers im Schengener Informationssystem (SIS).

D.
Mit Eingabe vom 12. Januar 2009 liess der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht gegen das von der Vorinstanz erlassene Einreiseverbot Beschwerde erheben, mit dem sinngemässen Begehren die Fernhaltemassnahme sei aufzuheben.

E.
Das BFM hält im Rahmen seiner Vernehmlassung vom 31. März 2009 an seinem ursprünglichen Entscheid fest, beschränkt jedoch nach Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen die Dauer des verfügten Einreiseverbotes wiedererwägungsweise auf zwei Jahre (vgl. ZEMIS-Eintrag durch das BFM).

F.
Mit Zwischenverfügung vom 6. April 2010 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht innert angesetzter Frist zur Kenntnis zu bringen, ob er an seiner ursprünglichen Beschwerde festhalten oder diese allenfalls zurückziehen möchte.

G.
Der Beschwerdeführer hält mit Eingabe vom 27. April 2009 an seiner ursprünglichen Beschwerde mit der Begründung fest, auch das auf zwei Jahre reduzierte Einreiseverbot sei zu rigoros und entspreche nicht dem begangenen Verstoss.

H.
Mit Strafbefehl vom 16. Juni 2009 der Staatsanwaltschaft II des Kantons Uri wurde F._____ wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz sowie Widerhandlung gegen das Gastwirtschaftsgesetz für schuldig befunden und mit einer bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen à Fr. 50.- bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie einer zusätzlichen Busse von Fr. 250.- bestraft.

I.
Das Bundesverwaltungsgericht zog am 1. Dezember 2009 die kantonalen Akten bei.

J.
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 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 Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsbetroffener legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten, soweit sie durch die teilweise Wiedererwägung der Verfügung vom 22. Dezember 2008 nicht gegenstandslos geworden ist (Art. 50 und 52 VwVG, vgl. unten Erw. 2).

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

2.
Die Vorinstanz hat ihre ursprüngliche Verfügung am 31. März 2009 teilweise in Wiedererwägung gezogen (Herabsetzung der Dauer der Einreisesperre auf zwei Jahre). Gemäss Art. 58 Abs. 3 VwVG setzt die Beschwerdeinstanz die Behandlung der Beschwerde fort, soweit sie durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (vgl. BGE 126 III 85 E. 3 S. 88 f.).

3.
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 Sach- und Rechtslage 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).

4.
4.1 Mit Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I des Anhangs 2 zum AuG). Das AuG beansprucht Geltung auf alle Verfahren, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet wurden, sei es nun auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario; ferner BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Der vorliegende Sachverhalt ereignete sich unter neuem Recht, womit die Streitsache auch dem neuen Recht unterliegt.

4.2 Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG) gebunden ist, ein Einreiseverbot nach Art. 67 AuG verhängt, wird diese Person gestützt auf Art. 94 Abs. 1 und Art. 96 des Übereinkommens vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ], ABl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19–62) und Art. 16 Abs. 2 und 4 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) grundsätzlich im Schengener Informationssystem ([SIS], vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Eine solche Ausschreibung einer Person im SIS zur Einreiseverweigerung aufgrund ei-

ner vom BFM verhängten Fernhaltemassnahme bewirkt, dass ihr die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verweigert wird (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex bzw. SGK, ABl. L 105 vom 13. April 2006, S. 1–32]).

5.

5.1 Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre des Art. 13 ANAG. Es soll künftigen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbeugen, nicht aber ein bestimmtes Verhalten sanktionieren und hat somit keinen Straf-, sondern Massnahmencharakter (Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung umfasst neben anderen polizeilichen Schutzgütern die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen (BBl 2002 3809; vgl. auch Rainer J. Schweizer / Patrick Sutter / Nina Widmer, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 13 mit Hinweisen).

5.2 Das Einreiseverbot kann nach Art. 67 Abs. 1 AuG vom BFM über ausländische Personen verfügt werden, 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), ausgeschafft worden sind (Bst. c) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen werden mussten (Bst. d). Es wird befristet oder in schwerwiegenden Fällen unbefristet verfügt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Während der Gültigkeit des Einreiseverbots ist der ausländischen Person die Einreise in die Schweiz untersagt. Wenn wichtige Gründe es rechtfertigen, kann das Einreiseverbot vorübergehend aufgehoben werden (Art. 67 Abs. 4 AuG).

5.2.1 Mit Strafbefehl vom 16. Juni 2009 sprach die Staatsanwaltschaft II des Kantons Uri den Beschwerdeführer wegen Zuwiderhandlung gegen das Ausländergesetz sowie Zuwiderhandlung gegen das Gastwirtschaftsgesetz begangen am 15./20. November 2008 für

schuldig. Der Beschwerdeführer übte – ohne im Besitz einer entsprechenden Bewilligung zu sein – wiederholt eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aus (Schwarzarbeit) und gab trotz Kenntnis der gesetzlichen Bestimmungen unkontrolliert Alkohol an Jugendliche ab. Aufgrund der Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen hat der Beschwerdeführer gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen und hierdurch die objektive Rechtsordnung mehrmals verletzt.

5.2.2 Neben der (bereits eingetretenen) Verletzung nennt Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG auch den Tatbestand der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Gemäss Auskunft des deutschen Bundeszentralregisters wurde der Beschwerdeführer am 28. September 2005 in Mainz (Deutschland) wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen à € 10 verurteilt, was er gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde vorsätzlich verschwieg (vgl. kantonale Akten). Zudem wird der Betroffene in Deutschland im Rahmen eines gegen ihn laufenden Strafverfahrens wegen Betrugs gesucht (vgl. kantonale Akten). Anlässlich des rechtlichen Gehörs zur Wegweisung bekräftigte der Beschwerdeführer seinen Willen, sich nach der Ausreise aus der Schweiz den deutschen Strafverfolgungsbehörden zu stellen. Entgegen seiner Beteuerung kehrte er jedoch via Italien direkt in sein Heimatland zurück (vgl. Ausreisemeldung vom 25. November 2008, abgestempelt durch den Grenzposten Chiasso), wo er sich wohl derzeit auch aufhalten mag. Im Übrigen behauptete der Beschwerdeführer gegenüber der zuständigen Migrationsbehörde, er verfüge über eine unbefristete Niederlassungserlaubnis für Deutschland, was sich aber im späteren Verlauf der Ermittlungen als zweifelhaft erwies – der Betroffene verfügt in seinem neuen Reisepass (ausgestellt im Januar 2008) über keine Niederlassungserlaubnis mehr, denn jene ist lediglich im alten, abgelaufenen Reisepass vorhanden.

5.2.3 Sowohl mit der Verurteilung wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Schwarzarbeit) als auch aufgrund des in Deutschland hängigen Strafverfahrens wegen Betrugs (Ausschreibung) sowie der strafrechtlich rechtskräftigen Verurteilung wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln vom 28. September 2005 erfüllt der Beschwerdeführer die in Bst. a des Art. 67 Abs. 1 AuG erwähnten Tat-

bestände. Sein Verhalten lässt darauf schliessen, dass er auch in näherer Zukunft keine Gewähr für ein Respektieren der schweizerischen Rechtsordnung bieten kann.

6.
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 Besonderheiten 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 / St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

6.1 Wie dargelegt hat der Beschwerdeführer in grober Weise ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt und bei der Einvernahme der zuständigen Behörde wesentliche Tatsachen vorsätzlich verschwiegen bzw. unwahr dargestellt. Das generalpräventiv motivierte öffentliche Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis gegenüber Ausländerinnen und Ausländern zu schützen, ist somit als erheblich einzustufen.

6.2 Persönliche Interessen macht der Beschwerdeführer insofern geltend, als er sinngemäss angibt, seine in der Schweiz lebende Partnerin und zukünftige Ehefrau M._____ sei krank und auf seine Unterstützung angewiesen, weshalb er sie auch in der Schweiz besucht und ihr in ihrem Gastwirtschaftsbetrieb ausgeholfen habe. Diese vom Beschwerdeführer geschilderten privaten Interessen sind jedoch nicht ausschlaggebender Natur und machen folglich seine Anwesenheit in der Schweiz nicht zwingend notwendig. Es handelt sich vorliegend um keine familiäre Beziehung, die unter den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101.0) und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) fällt – Bestimmungen, welche beide dem Schutz eines von staatlichen Eingriffen ungestörten Privat- und Familienlebens dienen und im Aus-

länderrecht identische Ansprüche vermitteln (BGE 129 II 215 E. 4.2 S. 218 f.).

6.3 Im Übrigen würde eine Aufhebung des Einreiseverbotes einzig bewirken, dass der Beschwerdeführer den allgemeinen, für kroatische Staatsangehörige geltenden Einreisebestimmungen unterstünde (vgl. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] mit Verweis auf die Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001, welche im Anhang II eine Liste von Drittländern enthält – darunter auch Kroatien –, dessen Staatsangehörige im Hinblick auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit innerhalb des Schengenraumes im Besitze eines Visums sein müssen). Der Beschwerdeführer könnte somit nicht bewilligungsfrei in die Schweiz einreisen, um als Arbeitskraft seine Freundin im Gastgewerbebetrieb zu unterstützen, sondern wäre lediglich während maximal 90 Tagen zum visumsfreien Besuchsaufenthalt in der Schweiz berechtigt. Weiter ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ihm die Einreise nicht generell verwehrt ist. Sollte sich eine Anwesenheit in der Schweiz als zwingend notwendig erweisen, steht ihm vielmehr die Möglichkeit offen, aus wichtigen Gründen mittels begründetem Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme (Art. 67 Abs. 4 AuG; zum Ganzen vgl. beispielsweise die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-8211/2007 vom 16. Mai 2008 E. 6.3 und C-137/2006 vom 31. März 2008 E. 6.4) sowie ein in diesem Zusammenhang erforderliches Visum zu beantragen.

6.4 Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das im Vernehmlassungsverfahren auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung, nachdem das Bundesamt sie in Wiedererwägung zog, im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens, das einem teilweisen Unterliegen gleichkommt, sind dem Beschwerdeführer nur reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 zweiter Satz VwVG). Dementsprechend ist ihm auch eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese ist in Anwendung von Art. 8 ff. sowie Art. 14 Abs. 2 VGKE auf Fr. 300.- (inkl. MWST) festzulegen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.
Die reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 450.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem am 17. März 2009 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 700.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 250.- wird zurückerstattet.

3.
Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 300.- (inkl. MWST) zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular "Zahladresse")
- die Vorinstanz (Akten ZEMIS [...] retour)
- das Amt für Arbeit und Migration des Kantons Uri (Ref.-Nr. UR [...]) in Kopie

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Jürg Tiefenthal

Versand: