Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-4639/2010

Urteil vom 15. Februar 2011

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

H._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Fabian Vollmer,
Schanzenstrasse 1, Postfach 8464, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Der aus Montenegro stammende H._____ (geb. […], nachfolgend: Beschwerdeführer) weilte im Frühjahr 2009 bei Verwandten in Deutschland auf Besuch. Auf dem Rückweg reiste er am 5. März 2009 mit der Bahn via Basel durch die Schweiz. Bei der Ausreise in Chiasso wurde er im Zug kontrolliert. Hierbei wies er sich mit einem auf einen anderen Namen lautenden gefälschten slowenischen Pass aus. Die Grenzkontrollorgane stellten ferner fest, dass der Betroffene in seiner Jacke noch einen auf seinen eigenen Namen ausgestellten, gültigen heimatlichen Reisepass mitführte.

Der Beschwerdeführer wurde über das Ergebnis der Dokumentenüberprüfung sowie die Rapportierung des Vorkommnisses an die Staatsanwaltschaft und die Migrationsbehörde informiert. Am folgenden Tag kehrte er via Italien in sein Heimatland zurück.

B.
Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Tessin vom 6. März 2009 wurde der Beschwerdeführer der illegalen Einreise im Sinne des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) und der Fälschung von Ausweisen (Art. 252 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]) schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe von Fr. 450.- (15 Tagessätze à Fr. 30.-) sowie einer Busse von Fr. 100.- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Der Strafbefehl blieb unangefochten.

C.
Gestützt auf diesen Sachverhalt verhängte die Vorinstanz am 26. Juni 2009 gegenüber dem Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung der Massnahme führte sie unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG (zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5457) aus, der Beschwerdeführer habe wegen illegaler Einreise mit einem Reisepass ohne das erforderliche Visum und Fälschung von Ausweisen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und diese gefährdet.

Das Einreiseverbot konnte erst am 27. Mai 2010 eröffnet werden.

D.
Mit Beschwerde vom 28. Juni 2010 an das Bundesverwaltungsgericht

beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Hierzu lässt er im Wesentlichen vorbringen, er sei sich auf der Rückreise von Dortmund nach Italien nicht bewusst gewesen, dass der Zug die Schweiz durchqueren werde. Als er auf der Durchfahrt angehalten und kontrolliert worden sei, habe er sich mit einem gefälschten slowenischen Pass ausgewiesen, weil er für seinen gültigen montenegrinischen Pass kein Schweizer Visum besessen habe. Dass er ausser mit einer Busse noch mit einem für den ganzen Schengenraum gültigen Einreiseverbot belegt würde, darüber habe man ihn nicht informiert. Der Beschwerdeführer habe mehrere Familienmitglieder in Deutschland, welche er wiederum besuchen möchte. Während seines dortigen Aufenthalts wie auch auf der Durchreise durch die Schweiz habe er sich ansonsten immer tadellos benommen. Inwiefern er mit seinem Verhalten gegen Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG verstossen haben soll, sei nicht nachvollziehbar. In Deutschland respektive im EU-Raum habe sich der Beschwerdeführer jeweils mit seinem gültigen heimatlichen Reisepass ausgewiesen und damit nicht gegen die Aufenthaltsbestimmungen verstossen. Das dreijährige Einreiseverbot müsse sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht als unverhältnismässig erachtet werden.

E.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 21. September 2009 (recte: 21. September 2010) auf Abweisung der Beschwerde.

F.
Replikweise hält der Beschwerdeführer am 26. Oktober 2010 an seinem Rechtsmittel fest.

G.
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 somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

1.4. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. 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 rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern 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 Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.
Ob dem Beschwerdeführer anlässlich der Anhaltung am 5. März 2009 mitgeteilt wurde, er habe wegen der ihm zur Last gelegten Widerhandlungen mit einer Fernhaltemassnahme zu rechnen, ist umstritten und nicht aktenkundig. Weil er den Grenzkontrollorganen damals eine falsche bzw. unvollständige Adresse angab (siehe Grenzkontrollrapport vom 5. März 2009 sowie Informationsschreiben der

Schweizerischen Botschaft vom 9. Juni 2010 zu den Gründen, warum dem Betroffenen das Einreiseverbot nicht zugestellt werden konnte) kann die Frage einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs – so wie sie der Beschwerdeführer rügt – aber offen gelassen werden. Im Übrigen wären auch die Voraussetzungen einer nachträglichen Heilung erfüllt.

4.

4.1. Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assozierungsabkommen gebunden ist (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG), 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 einer 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]).

4.2. Soweit der Rechtsvertreter argumentiert, die verhängte Fernhaltemassnahme erweise sich wegen ihrer Wirksamkeit auf den ganzen Schengenraum in räumlicher Hinsicht als unverhältnismässig, gilt es festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht Bürger eines Schengenstaates ist, weshalb das fragliche Einreiseverbot im SIS ausgeschrieben wurde (Art. 96 SDÜ). Das in Art. 25 SDÜ vorgesehene Konsultationsverfahren regelt, wann der ausschreibende Vertragsstaat die Einreiseverweigerung gegenüber einem Drittstaatsangehörigen im SIS wieder löscht. Dies wäre dann der Fall, wenn ein anderes Schengenland dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltserlaubnis erteilte oder zusicherte. Ein solcher Aufenthaltstitel wird aber nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe erteilt, insbesondere wegen humanitärer Erwägungen oder infolge internationaler Verpflichtungen (Art. 25 SDÜ; vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-20/2010 vom 12. Oktober 2010

E. 6.2.1). Damit wird den Anforderungen an die Verhältnismässigkeit Genüge getan. Einzelfallweise bestehen weitere Lockerungsmöglichkeiten (bezogen auf Einreisen in die Schweiz siehe beispielsweise die Möglichkeit der Suspension des Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 5 AuG). Vorliegend wurde die Schweiz von keiner anderen Vertragspartei konsultiert und der Beschwerdeführer besitzt derzeit auch kein Aufenthaltsrecht in einem Schengenstaat. Die Ausschreibung im SIS erfolgte daher zu Recht.

5.

5.1. Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung von Art. 67 AuG in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 nun gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann nach Art. 67 Abs. 2 AuG sodann gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. 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 AuG). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz bei der Ansetzung von Fernhaltemassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 3 in fine). Für den Beschwerdeführer ändert sich dadurch im Ergebnis nichts.

5.2. Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, BS 1 121]) ist das Einreiseverbot keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

(siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG (welcher der alten Fassung von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG entspricht) bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch Art. 80 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] sowie 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).

5.3. In Bezug auf die Verfehlungen, derentwegen der Beschwerdeführer straf- und ausländerrechtlich belangt wurde, gilt zudem allgemein, dass für die Verhängung eines Einreiseverbots kein vorsätzlicher Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen erforderlich ist. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltemassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei den zuständigen Stellen zu informieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7263/2008 vom 31. August 2010 E. 4.1 mit Hinweis).

6.

6.1. Dem Beschwerdeführer wird in der angefochtenen Verfügung illegale Einreise und Gebrauch von gefälschten Ausweisen vorgeworfen. Gemäss Art. 5 AuG benötigt eine ausländische Person für die Einreise in die Schweiz ein anerkanntes Ausweispapier und ein Visum, es sei denn, sie gehöre einer von diesen Verpflichtungen befreiten Personengruppe an. Als montenegrinischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Montenegro konnte sich der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum – entgegen der nachträglichen Behauptung in der Replik – auf keine derartige Befreiung berufen (vgl. Art. 4, 5 und 6 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über

die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]). Dennoch war er bei der am 5. März 2009 erfolgten Einreise nicht im Besitz eines gültigen schweizerischen Visums. Dass er für Einreisen nach Deutschland keines Visums bedurfte, tut hierbei nichts zur Sache. Massgeblich sind allein die hierzulande geltenden Visumsvorschriften. Mit der illegalen Einreise erweist sich auch der anschliessende kurze Aufenthalt als Transitreisender als rechtswidrig (zur Sonderregelung für Flugpassagiere im Transit vgl. Art. 6 VEV).

6.2. Der weitere Vorwurf der Benutzung eines gefälschten, auf einen anderen Namen lautenden slowenischen Passes ist unbestritten. Strafrechtlich wurde der Beschwerdeführer wegen illegaler Einreise und Fälschung von Ausweisen zur Rechenschaft gezogen. Der diesbezügliche Strafbefehl vom 6. März 2009 blieb – wie im Sachverhalt erwähnt – unangefochten und erwuchs in Rechtskraft. Das damit abgeurteilte Fehlverhalten rechtfertigt grundsätzlich die Verhängung einer Fernhaltemassnahme gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG bzw. nunmehr Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG.

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 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/Basel/Genf/St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

7.2. Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet nebst einem Vergehen im Sinne der Strafgesetzgebung die Missachtung ausländerrechtlicher Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt. Aber auch was die subjektive Seite anbelangt, ist sein Verhalten nicht zu bagatellisieren. Insbesondere mit dem Verwenden eines gefälschten Passes hat er sich jedenfalls bewusst über die einschlägigen ausländerrechtlichen Normen hinweggesetzt.

7.3. Auf der anderen Seite ist die Gefahr weiterer gleichgelagerter Zuwiderhandlungen nicht in dem Masse anzunehmen, wie sie zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung gegeben war. Der Beschwerdeführer war wie erwähnt im Besitze eines gültigen nationalen Reisepasses, aber ohne das dazu notwendige schweizerische Visum. Inzwischen sind montenegrinische Staatsangehörige mit Wirkung ab 19. Dezember 2009 für einen maximal dreimonatigen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit von der Visumspflicht befreit, wenn sie im Besitz eines biometrischen Reisepasses sind (vgl. Art. 4 Abs. 2 VEV und Anhang II der Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 in der Fassung vom 19. Dezember 2009). Zugute gehalten werden kann dem Beschwerdeführer zudem, dass er nicht aus privaten oder geschäftlichen Gründen in die Schweiz einreiste, sondern es sich nachweislich um einen blossen Transit durch schweizerisches Gebiet innerhalb eines Tages gehandelt hat. Spezifische persönliche Interessen bestehen schliesslich insofern, als der Betroffene kürzere Reisewege geltend macht, um in Deutschland ansässige Angehörige besuchen zu können.

7.4. Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatze nach zu bestätigen ist, in der ausgesprochenen Dauer von drei Jahren jedoch als unangemessen lang erscheint. Angesichts der konkreten Umstände und unter Berücksichtigung der in der Zwischenzeit eingetretenen Rechtsänderung ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers mit einem Einreiseverbot von zwei Jahren hinreichend Rechnung getragen wird.

8.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das auf drei Jahre bemessene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf zwei Jahre, bis zum 25. Juni 2011, zu befristen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die ermässigten Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (vgl. 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]). Im Umfang seines Obsiegens ist dem Beschwerdeführer eine gekürzte Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot bis zum 25. Juni 2011 befristet.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem am 16. August 2010 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 700.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 200.- wird zurückerstattet.

3.
Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 300.- zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. […] retour)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Daniel Grimm

Versand: