Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-3450/2009

Urteil vom 16. August 2011

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiberin Mirjam Angehrn.

Parteien

R._____,
vertreten durch Fürsprecher Mark Schibler,
Käfiggässchen 10, 3011 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin (geb. 1981) ist brasilianische Staatsangehörige. Am 11. August 2006 reiste sie in die Schweiz ein und hielt sich einige Wochen bei ihrer Tante in M._____ (VS) auf. Anschliessend wohnte sie mehrere Monate bei einer Freundin ihrer Tante in W._____ (BE), bis sie in B._____ ein Zimmer mietete.

B.
Am 15. April 2009 wurde die Beschwerdeführerin von der Polizei angehalten und einer Personenkontrolle unterzogen. Dabei wurde festgestellt, dass sie sich illegal in der Schweiz aufhielt. Gleichentags verfügte der Migrationsdienst des Kantons Bern die Ausschaffungshaft. Mit Entscheid des Haftgerichts III Bern-Mittelland vom 16. April 2009 wurde die Ausschaffungshaft bis zum 14. Juli 2009 bestätigt. Die Beschwerdeführerin erhob dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Mit Urteil vom 28. April 2009 wurde die Beschwerde gutgeheissen und die Beschwerdeführerin umgehend aus der Haft entlassen.

C.
Mit Verfügung vom 28. April 2009 verhängte die Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin ein Einreiseverbot für die Dauer von drei Jahren und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung führte sie unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a, c und d des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20; zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5437) aus, es liege ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung wegen illegalen Aufenthalts und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung vor. Zudem habe die Beschwerdeführerin in Ausschaffungshaft genommen und ausgeschafft werden müssen.

D.
Die Beschwerdeführerin reiste am 2. Mai 2009 in ihr Heimatland zurück. Gleichentags wurde ihr das rechtliche Gehör zur Verhängung einer Fernhaltemassnahme gewährt und das Einreiseverbot ausgehändigt.

E.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 27. Mai 2009 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Einreiseverbots. Eventualiter sei im Sinne einer

Verwarnung gemäss Art. 96 Abs. 2 AuG ein Einreiseverbot anzudrohen. Sie rügt dabei, das Einreiseverbot sei erlassen worden, bevor ihr das rechtliche Gehör dazu gewährt worden sei. Zudem fehle die Unterschrift auf der Verfügung. Weiter bringt sie – mit der Rüge, der Sachverhalt sei unrichtig bzw. unvollständig festgestellt worden – vor, es könne ihr nicht vorgeworfen werden, dass sie in Ausschaffungshaft genommen worden sei, sei sie doch auf Beschwerde hin aus der Haft entlassen worden. Auch habe sie nicht ausgeschafft werden müssen. Sie habe am 19. Februar 2009 ein One-Way-Flugticket bestellt und habe am 29. August 2009 freiwillig zurück nach Brasilien fliegen wollen. Den seitens der Migrationsbehörden organisierten Rückflug habe sie nur antreten müssen, weil dieser sonst verfallen wäre. Ihr einziges Fehlverhalten sei ihr illegaler Aufenthalt in der Schweiz gewesen, allenfalls verbunden mit kleineren Arbeitstätigkeiten. Allein deshalb könne nicht schon von einer für ein Einreiseverbot genügenden Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgegangen werden. Dafür würde es erhebliche oder wiederholte Verstösse gegen gesetzliche Bestimmungen oder behördliche Verfügungen bedürfen. Sie habe sich während ihres Aufenthalts in der Schweiz hingegen nicht das Geringste zu Schulden kommen lassen.

F.
Mit Subeventualbegehren vom 19. August 2009 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz und die Verfügung eines auf ein Jahr befristeten Einreiseverbots.

G.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 18. September 2009 die Abweisung der Beschwerde.

H.
Mit Replik vom 20. November 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde und deren Begründung fest.

I.
Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 8. Oktober 2010 einen Studentenausweis zu den Akten.

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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (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 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet 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 rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – wenn 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 Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003, teilweise publ. in BGE 129 II 215).

3.
Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin stellt die Unterschrift von Bundesrechts wegen kein Gültigkeitserfordernis für eine Verfügung dar (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1346/2010 vom 14. Januar 2011 E. 3.2 mit Hinweisen). Der Unterschrift bei Verfügungen kommt lediglich eine Beweis- sowie eine Identifikationsfunktion zu. Bei Einreiseverboten handelt es sich um Verfügungen, welche in grosser Zahl (über 8'000 Verfügungen jährlich; vgl. BFM Migrationsbericht 2010) erlassen werden und welche bei der Ausstellung und der Eröffnung grosse Unterschiede zur Mehrzahl der im Verwaltungsverfahren erlassenen Verfügungen aufweisen. Ein Einreiseverbot wird immer von einem aufgrund des Pflichtenheftes dazu berechtigten Mitarbeiter des BFM erlassen. Die entsprechende Verfügung wird dazu elektronisch im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) erfasst, wobei eine Zuordnung zu einem bestimmten Mitarbeiter aufgrund der elektronischen Protokollierung im ZEMIS jederzeit gewährleistet ist. Dieser Mitarbeiter wird in der Referenz (Referenz/Aktenzeichen) der Verfügung mit seinem Kürzel genannt und ist daher jederzeit identifizierbar. Zudem kann der Verfügungsadressat nachträglich eine eigenhändig unterschriebene Verfügung verlangen. Das Aktenzeichen mit Kürzel ist mit Blick auf die Identifikationsfunktion einer Faksimile-Unterschrift, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Originalunterschrift ersetzen kann (vgl. BGE 97 IV 205 E. 1), gleichwertig. Die Form der Verfügung ist somit als rechtsgenüglich zu erachten.

4.
Vor einer allfälligen materiellrechtlichen Beurteilung ist in formeller Hinsicht zu prüfen, ob die Vorinstanz mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht das rechtliche Gehör verletzt hat, da der Beschwerdeführerin keine Möglichkeit eingeräumt wurde, sich vorgängig zum Einreiseverbot zu äussern.

4.1 Den Akten ist folgender Sachverhalt zu entnehmen: Die Vorinstanz verfügte die beantragte Massnahme am 28. April 2009. Gleichentags wurde die Beschwerdeführerin aus der Haft entlassen. In den der Vorinstanz zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses vorliegenden Unterlagen deutete nichts darauf hin, dass der Beschwerdeführerin bereits durch kantonale Behörden (beispielsweise die Kantonspolizei) das rechtliche Gehör zu einer allenfalls zu verhängenden Fernhaltemassnahme gewährt worden wäre. Vielmehr wurde sie von dem

gegen sie laufenden Verfahren betreffend Einreiseverbot erst am 2. Mai 2009, kurz vor ihrem Rückflug in ihr Heimatland, in Kenntnis gesetzt. Zu diesem Zeitpunkt war die fragliche Verfügung jedoch bereits erlassen.

4.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 135 I 279 E. 2.6.1 mit Hinweisen). Nach der Praxis des Bundesgerichts kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Gehörsverletzung geheilt werden, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs (also etwa die unterlassene Anhörung bzw. deren Kenntnisnahme, Akteneinsicht oder Begründung) in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber in der Regel ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt; zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.6 S. 285 ff. mit Hinweisen; BGE 126 V 130 E. 2b; BGE 126 I 68 E. 2; BVGE 2009/61 E. 4.1.3. S. 851; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1710 f.). Die vom Bundesgericht statuierten Voraussetzungen zur Heilung sind im vorliegenden Fall erfüllt, denn das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz hat volle Kognition. Obwohl der Vorinstanz die Mitteilung über die begleitete Zuführung zum Flughafen (inkl. Gewährung des rechtlichen Gehörs) erst nach der Anordnung des Einreiseverbots zugestellt wurde, konnte sie sich in casu an Hand der Haftanordnung des Migrationsdienstes des Kantons Bern vom 15. April 2009 ein klares Bild der Sachlage machen bevor sie verfügte. Unter diesen Umständen würde die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Vorbescheidverfahrens einen prozessualen Leerlauf darstellen, welcher durch die Heilung der Verletzung des Gehörsanspruchs im Beschwerdeverfahren vermieden werden kann. Es wird daher vorliegend auf eine Rückweisung an die Vorinstanz verzichtet und die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorinstanzlichen Verfahren als geheilt betrachtet.

5.

Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen 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]).

6.

6.1 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 die Beschwerdeführerin ändert sich dadurch im Ergebnis nichts.

6.2 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).

6.3 Allgemein gilt, 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-4639/2010 vom 15. Februar 2011 E. 5.3 mit Hinweis).

7.

7.1 Sofern sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, benötigen Ausländ-

derinnen und Ausländer für einen Aufenthalt in der Schweiz von bis zu drei Monaten keine Bewilligung (Art. 10 Abs. 1 AuG). Demgegenüber benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 AuG). Art. 9 Abs. 1 VZAE hält präzisierend fest, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach Einreise keine Bewilligung benötigen und sich nicht anmelden müssen (bewilligungsfreier Aufenthalt). Die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AuG müssen während des gesamten bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein (Art. 9 Abs. 2 VZAE).

7.2 Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 15. April 2009 sagte die Beschwerdeführerin aus, sie sei in die Schweiz eingereist, um hier eine Arbeit zu suchen und zu leben. (Antwort auf Frage 1). Sie finanziere ihren Lebensunterhalt mit Kinderhüten und Putzen bei Kollegen und Bekannten (Antwort auf Frage 2) und verdiene Fr. 800.-- pro Monat (Antwort auf Frage 3). Ein Touristenvisum für die Schweiz besitze sie nicht (Antwort auf Frage 5).

7.3 Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AuG). Ohne Belang für die Qualifikation als (unselbstständige) Erwerbstätigkeit ist unter anderem weiter, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE).

7.4 Die von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Arbeitsleistungen sind damit als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG zu qualifizieren, für welche sie vorgängig eine Bewilligung hätte einholen müssen. Mit der Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit hat sie ausländerrechtlichen Bestimmungen (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG) zuwidergehandelt.

8.

8.1 In der angefochtenen Verfügung wird der Beschwerdeführerin zudem vorgeworfen, sich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten zu haben. Aus den Akten geht hervor, dass sie am 11. August 2006 ohne (Touristen)visum mit der Absicht auf Erwerbstätigkeit (vgl. E. 7.2) in die Schweiz eingereist ist und sich bis zur Rückreise in ihr Heimatland am 2.

Mai 2009 ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten hat. Ihre Einreise und der anschliessende Aufenthalt sind als rechtswidrig im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a und b AuG zu bezeichnen.

8.2 Die Beschwerdeführerin hat durch die illegale Einreise (vgl. E. 7.1 u. 7.2 oben), den illegalen Aufenthalt sowie die illegale Erwerbstätigkeit gegen ausländerrechtliche Vorschriften von zentraler Bedeutung verstossen, womit die Voraussetzungen für ein Einreiseverbot gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011 erfüllt sind.

Dass die Beschwerdeführerin wegen ihrer widerrechtlichen Handlungen nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden ist, spielt keine Rolle. Denn das Einreiseverbot knüpft nicht an die Erfüllung einer Strafnorm, sondern an das Vorliegen einer Polizeigefahr an. Ob eine solche besteht und wie sie zu gewichten ist, hat die Behörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifisch ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6017/2010 vom 19. April 2011 E. 6.1).

9.

9.1 Schliesslich wird das Einreiseverbot von der Vorinstanz dahingehend begründet, die Beschwerdeführerin habe in Ausschaffungshaft genommen und ausgeschafft werden müssen.

9.2 Gemäss Urteil vom 28. April 2009 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern wurde die Beschwerde gutgeheissen und der Entscheid der Haftrichterin 2 des Haftgerichts III Bern-Mittelland vom 16. April 2009 aufgehoben sowie die Beschwerdeführerin umgehend aus der Ausschaffungshaft entlassen. Zum Vollzug der Wegweisung hatte sie sich am Samstag, den 2. Mai 2009, um 11.00 Uhr, vor dem Regionalgefängnis Bern einzufinden. Laut Schreiben vom 12. November 2009 des Verwaltungsrichters Dr. Thomas Müller des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern an den Parteivertreter im vorliegenden Verfahren wurde festgehalten, dass es dem Gericht nicht opportun schien, das Flugticket des Rückfluges für die Beschwerdeführerin, welcher im Urteilszeitpunkt bereits gebucht war, verfallen zu lassen, um ihr die selbständige Ausreise zu ermöglichen. Weiter wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin von einer unbewaffneten Beamtin mit deren Privatfahrzeug, ohne Anwendung von Zwangsmitteln, zum Flughafen Zürich gefahren und den dort zuständigen

Behörden übergeben wurde. Aus gerichtlicher Sicht hätte nichts dagegen gesprochen, die Beschwerdeführerin selbständig nach Zürich reisen zu lassen, was jedoch aus administrativen Gründen nicht möglich gewesen sei.

9.3 Das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. April 2009 und die Ausführungen des Verwaltungsrichters beweisen, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht in Ausschaffungshaft genommen worden war. Demzufolge stützte sich die Vorinstanz während des gesamten Verfahrens – obwohl sie im Zeitpunkt der Vernehmlassung bereits vom Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Kenntnis hatte – zu Unrecht auf Art. 67 Abs. 1 Bst. c und d AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011.

10.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen und damit den Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gesetzt hat. Die Verhängung der Fernhaltemassnahme erweist sich damit in grundsätzlicher Hinsicht als gerechtfertigt.

11.
11.1 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 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 613 ff.).

11.2 Das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet die Missachtung ausländerrechtlicher Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt.

11.3 Auf der anderen Seite ist die Gefahr weiterer gleichgelagerter Zuwiderhandlungen nicht in dem Masse zu veranschlagen, wie zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung von der Vorinstanz angenommen wurde. Die Beschwerdeführerin war im Besitze eines (verlängerten) nationalen Reisepasses. Sie zeigte sich bei der polizeilichen Einvernahme äusserst kooperativ. Zudem war sie bereit, freiwillig in ihr Heimatland zurückzukehren und hatte bereits im Februar 2009 für den 29. August 2009 einen Flug gebucht, den sie in Raten zahlte.

11.4 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 ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin mit einem Einreiseverbot von der bisherigen Dauer hinreichend Rechnung getragen wird.

12.
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 die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf das Datum des Urteils zu befristen.

13.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die ermässigten Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (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 ihres Obsiegens ist der Beschwerdeführerin eine gekürzte Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot auf das Datum des Urteils befristet.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 400.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 700.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 300.- wird zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 500.- zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. […] retour)
– den Migrationsdienst des Kantons Bern (Ref.-Nr. Zemis […])

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Antonio Imoberdorf	Mirjam Angehrn

Versand: