Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-5969/2010

Urteil vom 22. Februar 2011

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Blaise Vuille, Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Lorenz Noli.

Parteien

X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Maître François Contini,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Der 1962 geborene Beschwerdeführer stammt aus der heutigen Republik Kosovo. Nachdem er sich schon zwischen 1991 und 1994 sowie zwischen 1998 und 2000 (zeitweise mit seiner damaligen Ehefrau und den gemeinsamen Kindern) als Asylbewerber hier aufgehalten hatte und nach negativem Asylentscheid jeweils als verschwunden galt, gelangte er – inzwischen geschieden – anfangs Dezember 2002 erneut hierher und heiratete am 9. Dezember 2002 eine Schweizer Bürgerin. Gestützt auf diese Eheschliessung erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Bern. In der Ehe kam es immer wieder zu grossen Spannungen; 2003, 2004 und 2006 rief die Ehegattin den Eheschutzrichter an und die eheliche Gemeinschaft wurde schon bald nur noch phasenweise gelebt.

B.
Im Jahre 2005 zog der Beschwerdeführer seine vier Kinder aus erster Ehe in die Schweiz nach. Mit Präsidialverfügungen vom 19. Oktober 2007 wurde ihm von der Vormundschaftsbehörde der Stadt Thun die Obhut über seine beiden noch minderjährigen Töchter entzogen.

C.
Am 8. April 2008 verlängerte die zuständige kommunale Migrationsbehörde (Einwohnerdienste Thun) die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers ein letztes Mal mit Auflagen. Mit Verfügung vom 9. März 2009 lehnte die gleiche Behörde eine weitere Verlängerung ab und wies den Beschwerdeführer unter Fristansetzung aus der Schweiz weg. Der dagegen beschrittene Rechtsmittelweg blieb erfolglos (Entscheid der kantonalen Polizei- und Militärdirektion vom 24. August 2009, Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts vom 7. April 2010). Im Urteil des Verwaltungsgerichts – das nicht weitergezogen wurde und solchermassen in Rechtskraft erwuchs – wurde dem Beschwerdeführer eine Ausreisefrist bis 20. Mai 2010 gesetzt.

D.
In der Folge reiste der – inzwischen wieder geschiedene – Beschwerdeführer allerdings nicht aus. Vielmehr stellte er am 27. Mai 2010 ein Gesuch mit den sinngemässen Anträgen auf Dispensierung von der Ausreisepflicht und auf Neuerteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf die am 7. Juni 2010 geplante Heirat mit einer weiteren Schweizer Bürgerin.

E.
Mit Verfügung vom 28. Mai 2010 wies die kommunale Migrationsbehörde das Gesuch des Beschwerdeführers ab und forderte ihn gleichzeitig dazu auf, die Schweiz unverzüglich zu verlassen.

F.
Am 7. Juni 2010 heiratete der Beschwerdeführer in Thun eine Schweizer Bürgerin kosovarischer Herkunft.

G.
Am 25. Juni 2010 ordnete die kommunale Migrationsbehörde die Anhaltung des Beschwerdeführers sowie die Ausschaffungshaft und die Ausschaffung an. Am 22. Juli 2010 wurde der Beschwerdeführer angehalten, in Ausschaffungshaft versetzt und am 25. Juli 2010 ausgeschafft.

H.
Am 23. Juli 2010 verfügte die Vorinstanz über den Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot. Sie begründete die Massnahme damit, der Beschwerdeführer habe behördliche Anordnungen missachtet und sich illegal in der Schweiz aufgehalten. Zudem habe er in Ausschaffungshaft versetzt und ausgeschafft werden müssen.

I.
Der Beschwerdeführer gelangte mit Rechtsmitteleingabe vom 23. August 2010 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt darin die ersatzlose Aufhebung des verhängten Einreiseverbots. Dieses sei nicht verhältnismässig. Zwar sei er unbestrittenermassen einige Zeit über den Ablauf seiner letzten Aufenthaltsbewilligung hinaus in der Schweiz verblieben. Er habe aber am 27. Mai 2010 im Hinblick auf die unmittelbar bevorstehende Heirat um neuerliche Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersucht. Den verweigernden Entscheid der Migrationsbehörde vom 28. Mai 2010 habe er akzeptiert, obwohl er mit der zwischenzeitlich erfolgten Heirat einen Anspruch auf Aufenthaltsregelung erwirkt habe und diesen beschwerdeweise hätte durchsetzen können. Seine jetzige Ehe habe er entgegen des von der kommunalen Migrationsbehörde geäusserten Verdachts nicht bloss zum Schein geschlossen.

J.
In ihrer Vernehmlassung vom 11. November 2010 hält die Vorinstanz an

der angefochtenen Verfügung fest und schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

K.
Mit Eingabe vom 16. November 2010 informierte der Beschwerdeführer das Bundesverwaltungsgericht darüber, dass gegen seine Ehefrau ein Strafmandat wegen Eingehens einer Scheinehe ergangen, die Sache aber zurzeit beim Gerichtskreis X Thun hängig sei. Ein in diesem Zusammenhang gestellter Sistierungsantrag wurde vom Bundesverwaltungsgericht mangels eines unmittelbaren Sachzusammenhangs abgewiesen (Zwischenverfügung vom 1. Dezember 2010).

L.
Mit Schreiben schliesslich vom 16. Februar 2011 teilte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass das zuständige Strafgericht in einem Urteil vom 10. Februar 2011 seine Ehefrau vom Vorwurf der Täuschung der Behörden durch Eingehen einer Scheinehe freigesprochen habe.

M.
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 zur Erhebung des Rechtsmittels 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 in der vorliegenden Streitsache 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 – 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 (Urteil des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003, in BGE 129 II 215 nicht publizierte E. 1.2).

3.
3.1. Mit dem Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG) vom 18. Juni 2010 (AS 2010 5925) wurde Art. 67 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) mit Wirkung per 1. Januar 2011 ohne eine Übergangsregelung revidiert. Diese Rechtsänderung ist für den vorliegenden Fall nur insoweit von Relevanz, als dem Beschwerdeführer unter anderem die Nichtbeachtung einer Ausreisefrist vorgeworfen wird und nach dem neuen Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG ein solches Fehlverhalten unter dem Vorbehalt humanitärer oder anderer wichtiger Gründe nach Abs. 5 zwingend ein Einreiseverbot verlangt. Das Abstellen auf den

neuen Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG wäre in casu eine echte Rückwirkung, die mangels einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage unzulässig ist. Ansonsten steht der Anwendung des neuen Rechts – auf das nachfolgend der Einfachheit halber allein Bezug genommen wird – nichts entgegen.

3.2. Das Einreiseverbot gestützt auf Art. 67 Abs. 2 AuG kann gegenüber ausländischen 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) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen werden mussten (Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens 5 Jahren verfügt. Für eine längere Dauer kann es angeordnet werden, wen die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Abs. 3). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Abs 5).

3.3. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (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). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können als solche ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. BBl 2002 3813).

3.4. Wird gegen eine Person, die nicht das Bürgerrecht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzt (Drittstaatsangehörige), 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) in der Regel im Schengener Informationssystem ([SIS], vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Diese Ausschreibung bewirkt dem Grundsatz nach, dass der betroffenen Person die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verboten ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst d und 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]). Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, einer solchen Person aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen (die sich namentlich auch aus der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101] ergeben können) die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet zu gestatten (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 Bst. c SGK) bzw. ihr zu diesem Zweck ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (Art. 25 Abs. 1 Bst. a [ii] der Vorordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex], Abl. L 243 vom 15. September 2009).

4.

4.1. Der Beschwerdeführer hat die mit Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 7. April 2010 auf den 20. Mai 2010 angesetzte Ausreisefrist missachtet und ist in der Schweiz verblieben. Mit Ablauf der ihm gesetzten Ausreisefrist war sein weiterer Aufenthalt in der Schweiz rechtswidrig. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer am 27. Mai 2010 bei der kommunalen Migrationsbehörde ein Gesuch um Neuerteilung einer Aufenthaltsbewilligung deponierte und gleichzeitig um Suspendierung von der Ausreiseverpflichtung ersuchte. Die angegangene Behörde lehnte das Gesuch im Übrigen schon tags darauf ab und forderte den Beschwerdeführer erneut auf, das Land nunmehr ohne Verzug zu verlassen. Auch diese Aufforderung liess er jedoch unbeachtet. Selbst nach dem Eheschluss vom 7. Juni 2010 – an dessen Realisierung ihm offensichtlich viel lag – reiste der Beschwerdeführer nicht aus. Er stellte sich erst am 22. Juli 2010 den Behörden, nachdem diese intensive Nachforschungen über seinen Verbleib angestellt hatten.

4.2. Die vom Beschwerdeführer wiederholt begangene Missachtung behördlicher Anordnungen lässt sich weder mit seiner besonderen Interessenlage (auf Dispensierung von der Ausreiseverpflichtung im Hinblick auf eine erneute Heirat mit anschliessender Aufenthaltsregelung) noch damit rechtfertigen, dass er aus der schliesslich erfolgten Heirat ein Recht auf Anwesenheit ableitete.

4.3. Im Übrigen wurde der Beschwerdeführer von der Migrationsbehörde der Stadt Thun am 25. Juni 2010 beim zuständigen Untersuchungsrichteramt gestützt auf die Strafnorm von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG (rechtswidrige Anwesenheit nach Ablauf eines bewilligten Aufenthalts) zur Anzeige gebracht.

4.4. Tritt hinzu, dass der Beschwerdeführer schliesslich in Ausschaffungshaft genommen werden musste. Mit seinem Verhalten hat er Fernhaltegründe im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a und c AuG gesetzt.

5.
Es bleibt zu prüfen, ob die angeordnete 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 der 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.).

5.1. Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers wiegt objektiv nicht leicht, hat er doch die wiederholte Aufforderung zur Ausreise missachtet und sich während längerer Zeit rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten. Damit wurden Normen verletzt, die für das Funktionieren der ausländerrechtlichen Ordnung von zentraler Bedeutung sind. Entsprechend besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an einer zeitlich befristeten Fernhaltung.

5.2. Der Beschwerdeführer beruft sich demgegenüber auf seine Ehe mit einer Schweizerbürgerin und die Absicht, hier in der Schweiz

Familienleben zu verwirklichen. Eine Verwirklichung dieser Interessen scheitert allerdings nicht erst am ausgesprochenen Einreiseverbot, sondern schon an der fehlenden Aufenthaltsregelung. Entsprechende Ansprüche wären im Rahmen eines durch die nunmehrige Ehegattin bei der an ihrem Wohnsitz zuständigen Migrationsbehörde einzureichenden Gesuchs um Familiennachzug zu prüfen und würden – falls von den zuständigen Instanzen bejaht – zur Rücknahme des Einreiseverbots führen. Einem solchen Schritt stünde die (unangefochten gebliebene) Verfügung der Migrationsbehörde von Thun vom 28. Mai 2010 offensichtlich nicht im Weg, wurden doch darin allfällige Ansprüche aus der (damals erst in Aussicht gestellten) Heirat materiell gar nicht geprüft; das Gesuch vielmehr schon aus formellen Gründen abgewiesen.

5.3. Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das auf drei Jahre befristete Einreiseverbot sowohl vom Grundsatz her als auch in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

6.
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.

7.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer 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 [SR 173.320.2]).

(Dispositiv Seite 10)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Beilage: ZEMIS […])
– den Migrationsdienst der Stadt Thun (mit den Akten)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Andreas Trommer	Lorenz Noli

Versand: