



Abteilung VI
F-312/2016

Urteil vom 1. März 2017

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Martin Kayser, Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Ulrike Raemy.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Marc Spescha,
Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass dem Beschwerdeführer (geb. 1971, mazedonischer Staatsangehöriger) am 26. Oktober 1998 eine Niederlassungsbewilligung im Kanton Zürich erteilt worden war,

dass er in den Jahren 1999 bis 2007 immer wieder in strafrechtlicher Hinsicht in Erscheinung trat,

dass er mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. September 2000 der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der Geldwäscherei und der Widerhandlung gegen das Waffengesetz und die Waffenverordnung schuldig befunden und mit dreieinhalb Jahren Zuchthaus bestraft wurde,

dass der Beschwerdeführer am 28. Februar 2002 von der heutigen Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich verwart wurde,

dass er dessen ungeachtet nach Ablauf der Probezeit, nach Verbüsung der Strafe und seiner bedingten Entlassung am 21. März 2005 weitere Straftaten verübte,

dass ihn das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 3. Juli 2007 der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie des Hausfriedensbruchs schuldig erkannte und mit fünfeinhalb Jahren Zuchthaus bestrafte,

dass die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 11. November 2009 die Niederlassungsbewilligung widerrief,

dass der Beschwerdeführer am 20. Juni 2010 nach Skopje/Mazedonien ausgeschafft wurde,

dass das heutige SEM am 5. August 2010 ein Einreiseverbot auf unbestimmte Dauer über den Beschwerdeführer verhängte,

dass das SEM das Gesuch des Beschwerdeführers vom 5. Mai 2011 um Aufhebung des gegen ihn bestehenden Einreiseverbots mit Verfügung vom 9. Juni 2011 abwies,

dass der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 10. August 2012 sinngemäss um wiedererwägungsweise Aufhebung des gegen ihn bestehenden Einreiseverbotes ersuchte,

dass das SEM dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. Oktober 2012 mitteilte, das Einreiseverbot bleibe bestehen und eine Überprüfung sei frühestens im Jahr 2020 möglich,

dass der Beschwerdeführer – unter der Identität B. _____ – mit Strafbefehl vom 4. Februar 2013 der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (Missachtung des Einreiseverbots) zu einer bedingten Geldstrafe sowie zu einer Busse von Fr. 1'500.– verurteilt wurde,

dass das SEM dem Beschwerdeführer auf dessen Anfrage hin mit Schreiben vom 2. Juni 2014 mitteilte, eine vorzeitige Löschung der SIS–Ausweisung rechtfertige sich nicht, weil die Bewährungsfrist sich noch als zu kurz erweise,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 23. November 2015 die Aufhebung des gegen ihn seit dem 5. August 2010 auf unbestimmte Dauer verhängten Einreiseverbotes beantragen liess, wobei er zur Begründung im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts [recte: des Bundesverwaltungsgerichts] verwies, wonach unbefristete Einreiseverbote nicht mehr zulässig seien, die Regelhöchstdauer fünf Jahre betrage, ein längeres Verbot nur die Ausnahme bilden könne und nach fünf Jahren ein Anspruch auf Neuurteilung der Verhältnismässigkeit beziehungsweise eine Aufhebung nach entsprechender Verhältnismässigkeitsprüfung bestehe,

dass das SEM mit Verfügung vom 27. November 2015 in Anbetracht der gesamten Aktenlage und gemäss der jüngsten Rechtsprechung das Einreiseverbot auf den 4. August 2017 befristete,

dass der Beschwerdeführer am 16. Dezember 2015 beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein sinngemässes Gesuch um Aufenthaltsbewilligung und gleichzeitig um Aufhebung der Fernhaltmassnahmen stellen liess,

dass das Migrationsamt in seiner Stellungnahme an das SEM vom 21. Dezember 2015 den Antrag stellte, das Gesuch um Aufhebung des Einreiseverbots sei abzulehnen und dem Beschwerdeführer mitteilte, es sei nicht bereit, ihm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, woraufhin das SEM mit

Schreiben vom 8. Januar 2016 an den Parteivertreter festhielt, es „fehle der Raum für die Prüfung einer wiedererwägungsweisen Aufhebung [seiner] Verfügung vom 5. August 2010“,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 15. Januar 2016 Beschwerde gegen die Verfügung des SEM vom 27. November 2015 erheben und eine krasse Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend machen liess; die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung nur unzureichend begründet, weshalb diese aufzuheben und die Sache zur rechtsgenügli-chen Verhältnismässigkeitsprüfung und allfälligen Begründung an das SEM zurückzuweisen sei,

dass das SEM in seiner Vernehmlassung vom 19. Februar 2016 das auf sieben Jahre modifizierte Einreiseverbot vor dem Hintergrund der vom Be-schwerdeführer begangenen Delikte sowie des Umstandes, wonach sich das Migrationsamt des Kantons Zürich gegen die Erteilung einer Aufent-haltsbewilligung ausgesprochen hat, als angemessen erachtete,

dass es folglich auf Abweisung der Beschwerde schloss,

dass der Beschwerdeführer in seiner Replik vom 2. März 2016 an seinen Anträgen und deren Begründung festhielt,

dass der Rechtsvertreter am 19. April 2016 eine Honorarnote zu den Akten reichte,

und zieht in Erwägung,

dass Verfügungen, mit denen das SEM ein Einreiseverbot verhängt, der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG),

dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes be-stimmt (Art. 37 VGG),

dass der Beschwerdeführer als Verfügungsadressat zur Beschwerde legi-timiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und daher auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist (Art. 50 und 52 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht in der vorliegenden Angelegenheit endgültig entscheidet (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG),

dass mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden kann (Art. 49 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht das Bundesrecht von Amtes wegen anwendet, gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden ist und die Beschwerde auch aus anderen Gründen gutheissen oder abweisen kann,

dass grundsätzlich die Sachlage im Zeitpunkt des Entscheides massgeblich ist (vgl. BVGE 2014/1 E.2 mit Hinweis),

dass vorab auf die Rüge des Beschwerdeführers, wonach sein in Art. 29 Abs. 2 BV garantierter Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei, einzugehen ist,

dass der in Art. 29 Abs. 2 BV und für das Verwaltungsverfahren in Art. 29 ff. VwVG geregelte Anspruch auf rechtliches Gehör mehrere Aspekte umfasst, darunter die Pflicht der Behörde, sämtliche erheblichen und rechtzeitigen Parteivorbringen zu würdigen, bevor sie das Verfahren mit einer Verfügung abschliesst (vgl. Art. 32 Abs. 1 VwVG), und jede schriftliche Verfügung zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG),

dass die Behörde diesbezüglich gehalten ist, die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sie sich leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt, damit die Betroffenen in der Lage sind, den Entscheid sachgerecht anfechten zu können,

dass sich die erforderliche Begründungsdichte dabei im Einzelfall nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen richtet,

dass sich die Behörde zwar nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss, sondern sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken darf,

dass sie jedoch wenigstens kurz die Überlegungen zu nennen hat, von welchen sie sich leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (vgl. BVGE 2012/24 E. 3.2., BVGE 2009/35 E. 6.4.1 sowie BVGE 2008/47 E. 3.2),

dass gemäss Art. 67 Abs. 3 AuG für Einreiseverbote eine Regelhöchstdauer von fünf Jahren gilt, die nur unter qualifizierten Voraussetzungen (wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt) überschritten werden darf,

dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung verschiedentlich darauf hingewiesen hat, die Vorinstanz habe in diesen Fällen eine Gefährdungsprognose zu erstellen und nachvollziehbar darzulegen, weshalb von einer aktuellen und schwerwiegenden Gefahr auszugehen sei (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-3419/2014 vom 16. Januar 2017 E. 3.3 m.w.H.),

dass vorliegend weder in der angefochtenen Verfügung noch in der Vernehmlassung auf Art. 67 Abs. 3 AuG Bezug genommen wird,

dass zudem weder die angefochtene Verfügung noch die Vernehmlassung einlässliche Ausführungen zur Frage enthalten, weshalb das SEM von einer schwerwiegenden Gefahr ausgeht,

dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vielmehr auf die Aufzählung der vom Beschwerdeführer begangenen Delikte und der über ihn verhängten Freiheitsstrafen sowie der daraus zu ziehenden Schlüsse beschränkt, wonach angesichts dieser wiederholten, schwerwiegenden Straffälligkeit das öffentliche Interesse an einer Fernhaltemassnahme das private Interesse des Beschwerdeführers an einer künftigen (ungehinderter) Einreise in die Schweiz und den Schengen-Raum überwiege,

dass das SEM in der Vernehmlassung im Wesentlichen festhält, es habe seinen Ermessenspielraum im Zusammenhang mit der modifizierten Dauer des Einreiseverbotes nicht vollständig ausgeschöpft,

dass es des Weiteren auf sein Schreiben vom 8. Januar 2016 sowie den Umstand verweist, wonach sich das Migrationsamt des Kantons Zürich gegen die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ausgesprochen habe,

dass sich zwar die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe ihm vor Erlass des Wiedererwägungsentscheids das rechtliche Gehör nicht gewährt, als unzutreffend erweist, konnte und hat er doch die ihm wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte in seiner selbst veranlassten Eingabe vom 23. November 2015 um „definitive Suspendierung des Einreiseverbots“ dargelegt,

dass die angefochtene Verfügung hingegen keine Gefährdungsprognose (mit z.B. den Aspekten Zeitablauf, Rückfallgefahr, bisheriges Verhalten seit der Straffälligkeit, Frage der Straflosigkeit danach usw.) enthält und eine Interessenabwägung sowie Verhältnismässigkeitsprüfung nur im Ansatz erahnen lässt,

dass sich vor diesem Hintergrund die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör – vorliegend in Gestalt der Pflicht zur Begründung einer Verfügung (Art. 35 VwVG) – als begründet erweist,

dass eine Verletzung des Gehörsanspruchs grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führt, wobei im Falle der Verletzung der Begründungspflicht der Mangel auf Rechtsmittelebene geheilt werden kann, wenn die Vorinstanz die Entscheidungsgründe in einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Weise darlegt und die Rechtsmittelinstanz der betroffenen Partei im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels die Möglichkeit einräumt, sich dazu zu äussern (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 19 ff. zu Art. 35 m.H.),

dass mit diesen Ausführungen, da das SEM auch in seiner am Notwendigen vorbeigehenden Vernehmlassung vom 19. Februar 2016 keine entsprechende Begründung nachgeliefert hat, somit vorliegend von einer Verletzung der Begründungspflicht auszugehen ist, die einer Heilung nicht zugänglich ist,

dass bei dieser Sachlage auf die übrigen Rügen nicht weiter einzugehen ist, da feststeht, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG),

dass die Beschwerde daher gutzuheissen, die Verfügung vom 27. November 2015 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das SEM zur Neu beurteilung zurückzuweisen ist,

dass bei diesem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; BGE 132 V 215 E. 6.1), und ihm der am 3. Februar 2016 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– zurückzuerstatten ist,

dass dem Beschwerdeführer für die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass das Gericht die Parteientschädigung, ausgehend von der eingereichten Kostennote in Beachtung des gerechtfertigten Aufwands und Stundenansatzes sowie ohne MWST (vgl. Urteil des BVGer F-3638/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 8.m.H.), auf Fr. 1'600. – festsetzt.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 27. November 2015 wird aufgehoben.

2.

Die Sache wird zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer am 3. Februar 2016 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])
- Migrationsamt des Kantons Zürich (Ref.-Nr. [...])

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Antonio Imoberdorf

Ulrike Raemy

Versand: