



## **Urteil vom 7. September 2017**

---

Besetzung

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

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, Syrien  
vertreten durch lic. iur. Michael Steiner, Rechtsanwalt,  
(...),  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin reiste am 4. Dezember 2015 in die Schweiz ein, wo sie am 7. Dezember 2015 um Asyl nachsuchte. Mit Verfügung vom 17. März 2016 (eröffnet am 23. März 2016) trat das SEM im Rahmen eines Dublin-Verfahrens in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein. Gleichzeitig verfügte das SEM den Wegweisungsvollzug der Beschwerdeführerin nach Kroatien als zuständigen Dublin-Mitgliedstaat. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde vom 31. März 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2027/2016 vom 27. Mai 2016 ab.

**B.**

Anlässlich des Ausreisegesprächs vom 8. September 2016 brachte die Beschwerdeführerin klar zum Ausdruck, die im Dublin-Verfahren gefällten Entscheide nicht zu akzeptieren und nicht bereit zu sein, nach Kroatien zurückzukehren. Daraufhin ordnete der Migrationsdienst des Kantons Bern (MIDI) am 12. September 2012 an, die Beschwerdeführerin sei zur Sicherstellung des Vollzugs zu inhaftieren. Es sei ein Einreiseverbot zu beantragen und die Beschwerdeführerin wurde davon in Kenntnis gesetzt, dass sie bei einer allfälligen Wiedereinreise in die Schweiz unverzüglich in Administrativhaft versetzt werde.

**C.**

Am 23. September 2016 erliess das SEM gegen die Beschwerdeführerin ein dreijähriges Einreiseverbot und ordnete dessen Ausschreibung im Schengener Informationssystem SIS II an. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Vorinstanz machte geltend, die Beschwerdeführerin sei aufgrund der Dublin-Assoziierungsabkommen durch die zuständige Behörde aus der Schweiz wegweisen worden bzw. der Vollzug der Wegweisung habe durch die Anordnung einer Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft sichergestellt werden müssen. Die Kosten für die eine Rückschaffung nach Kroatien hätte die öffentliche Hand übernehmen müssen. Die Anordnung einer Fernhaltemassnahme sei daher gestützt auf Art. 67 AuG (SR 142.20) angezeigt. Die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Angaben vermöchten keinen anderen Entscheid zu rechtfertigen.

**D.**

Die Rückschaffung der Beschwerdeführerin nach Kroatien fand am 12. Oktober 2016 statt.

**E.**

Mit Beschwerde vom 21. Oktober 2016 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder herzustellen und es sei ihr die Einreise in die Schweiz bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu gestatten. Der Vollzug des Einreiseverbots sei per sofort auszusetzen und die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) sei zu unterlassen. In formeller Hinsicht liess die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Akteneinsicht beantragen. Nach der Gewährung der Akteneinsicht sei ihr eine angemessene Frist zur Beschwerdeergänzung zu gewähren. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache an das SEM zur Neuurteilung zurückzuweisen. Eventualiter sei das Einreiseverbot aufzuheben. Die Beschwerdeführerin sei von der Bezahlung der Verfahrenskosten zu befreien. Eventualiter sei ihr eine angemessene Frist zur Einreichung einer Sozialhilfebestätigung beziehungsweise zur Bezahlung eines Gerichtskostenvorschusses anzusetzen.

**F.**

Mit Eingabe vom 24. Oktober 2016 reichte die Beschwerdeführerin ein ärztliches Attest vom 23. September 2016 (Schwangerschaftsbestätigung der Beschwerdeführerin) in Kopie zu den Akten. Gleichzeitig erklärte sie, sie habe am 26. September 2016 ein zweites Asylgesuch gestellt und reichte das Gesuch – ebenfalls in Kopie – ins Recht.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und hielt fest, die Ausschreibung im SIS bleibe bestehen. Gleichzeitig erhielt die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Säumnisfolge die Gelegenheit, innert Frist die Beschwerde zu ergänzen und ihre geltend gemachte Bedürftigkeit zu belegen.

**H.**

Am 28. November 2016 reichte die Beschwerdeführerin das ausgefüllte Formular „Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“, einen ärztlichen Bericht der Klinik B.\_\_\_\_\_ vom 17. Oktober 2016 sowie Ultraschallfotos vom 17. Oktober 2016 in Kopie zu den Akten.

**I.**

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 reichte der Rechtsvertreter die Be-

schwerdeergänzung ein. Der Eingabe lag unter anderem die von der Beschwerdeführerin unterzeichnete Empfangsbestätigung der angefochtenen Verfügung bei. Demnach wurde ihr die Verfügung am 10. Oktober 2016 persönlich ausgehändigt.

**J.**

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 wandte sich der Rechtsvertreter an das SEM.

**K.**

**K.a** In seiner Vernehmlassung vom 18. Januar 2017 sprach sich das SEM unter Erläuterung der bisher genannten Gründe für die Abweisung der Beschwerde aus.

**K.b** In einem Schreiben vom gleichen Tag stellte das SEM im Zusammenhang mit der Eingabe des Rechtsvertreters vom 14. Dezember 2016 aufgrund einer ersten Prüfung fest, dass die Beschwerdeführerin nicht in den Genuss des Bundesratsbeschlusses vom 6. März 2015 komme. Insbesondere deshalb nicht, weil die Betroffenen nicht durch „Flucht“ getrennt worden seien. Zwar bleibe es der genannten Person unbenommen, auf einer Schweizer Vertretung einen Visumantrag einzureichen. Die Erfolgsaussichten müssten jedoch als gering bezeichnet werden.

**L.**

Am 20. Februar 2017 liess die Beschwerdeführerin replikweise an den gestellten Rechtsbegehren festhalten.

**M.**

Der weitere Akteninhalt – einschliesslich der beigezogenen Akten der zuständigen kantonalen Behörde – wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen Berücksichtigung finden.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33

VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das SEM, das mit der Anordnung des Einreiseverbots eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat.

**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 legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

## **2.**

Anlässlich ihres zweiten Asylgesuchs vom 26. September 2016 erhob die Beschwerdeführerin unter anderem Rügen gegen die vom Migrationsamt Bern gegen sie verhängte Ausschaffungshaft (vgl. vorstehend Bst. F.). Da es sich dabei um ein selbständiges Verfahren handelt, ist über dieses vorliegend nicht zu befinden. Selbst wenn diese Rügen im vorliegenden Verfahren erhoben worden wären, wäre darüber nicht direkt zu befinden. Gegenstand der vorliegenden Streitsache ist nämlich eine Fernhaltemassnahme, die ihre Wirkungen erst beim Verlassen des Landes bzw. des Schengen-Raumes entfaltet. Es geht dabei weder um die von der dafür zuständigen kantonalen Behörde angeordnete Ausschaffungshaft noch um die Ausschaffung selbst. Über die Wegweisung bzw. den Wegweisungsvollzug wurde bereits rechtskräftig entschieden (vgl. Urteil des BVGer E-2027/2016 vom 27. Mai 2016). Überdies wurde die vom Migrationsamt des Kantons Bern angeordnete Ausschaffungshaft auf dem kantonalen Rechtsmittelweg angefochten. Die Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ist nur gegen Verfügungen und Entscheide von den in Art. 33 VGG genannten Behörden – das Migrationsamt des Kantons Bern gehört nicht dazu – zulässig. Folglich äussert sich das Bundesverwaltungsgericht zu den diesbezüglichen Rügen nicht, bzw. bloss sofern das Ausschaffungsverfahren direkte Auswirkungen auf das vorliegende hat.

## **3.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Be-

schwerdeinstanz (in der gleichen Sache) 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 Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerin bringt zunächst verschiedene Verletzungen formellen Rechts vor. Konkret habe das SEM den Anspruch auf rechtliches Gehör (Anspruch auf Akteneinsicht inklusive der Aktenführungspflicht sowie die Abklärungs- und Begründungspflicht) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt. Diese Rügen, insbesondere diejenige der unvollständigen und unrichtigen Sachverhaltsfeststellung, sind vorweg zu prüfen, da ein allenfalls ungenügend abgeklärter Sachverhalt eine materielle Beurteilung verunmöglichen würde.

**4.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilaspekte einen Anspruch der Parteien auf Akteneinsicht (Art. 26 f. VwVG), auf vorgängige Anhörung durch die Behörde (Art. 30 und 30a VwVG), auf Anhörung in Bezug auf erhebliche Vorbringen einer Gegenpartei (Art. 31 VwVG), auf Prüfung eigener erheblicher Vorbringen durch die Behörde (Art. 32 VwVG) sowie auf Abnahme der angebotenen und tauglichen Beweise durch die Behörde (Art. 33 VwVG). Antworten auf die Frage, welche spezifischen Teilgehalte der Anspruch des rechtlichen Gehörs im Einzelnen umfasse, können sich darüber hinaus auch unmittelbar aus dem übergeordneten Verfassungsrecht in Gestalt des Art. 29 Abs. 2 BV ergeben.

**4.3** Mit den Anträgen betreffend Gewährung der Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG) hat sich das SEM bereits in seiner Vernehmlassung vom 18. Januar 2017 auseinandergesetzt und ausgeführt, dem Antrag um Akteneinsicht stattgegeben zu haben, indem dem Rechtsvertreter sämtliche sich im elektronischen Archiv (E-Dossier) befindlichen Akten mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 zugestellt worden seien. Der Rechtsvertreter bestätigt denn auch in seiner Eingabe vom 5. Dezember 2016, die Akten am 26. Oktober 2016 erhalten zu haben. Hingegen rügt er das SEM insofern, als es seinem Gesuch um Akteneinsicht vom 18. Oktober 2016 nicht umgehend entsprochen habe. Er verweist in diesem Zusammenhang auf das vom SEM versandte Briefcouvert, welches gemäss dem Poststempel am

21. Oktober 2016 mit B-Post verschickt worden sei. Hätte das SEM ihm die Akten umgehend zugestellt, wäre ihm viel Aufwand erspart geblieben. Denn dann hätte er rechtzeitig in Erfahrung bringen können, wann die angefochtene Verfügung seiner Mandantin eröffnet worden sei, und er wäre somit nicht gezwungen gewesen, zwei Beschwerdeergänzungen zu verfassen. Vielmehr wäre ihm dadurch genügend Zeit zur Abfassung einer Beschwerdeschrift zur Verfügung gestanden.

**4.4** Dieser Einwand kann so jedoch nicht gehört werden. So lag dem Akteneinsichtsgesuch vom 18. Oktober 2016 eine von der Beschwerdeführerin am 15. Oktober 2016 unterzeichnete Vollmacht bei. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass sie an diesem Tag mit ihrem Rechtsvertreter in Kontakt getreten ist und ein erster Gedankenaustausch zwischen ihnen stattgefunden hat. Dabei dürfte mit grosser Wahrscheinlichkeit die erste Frage des Rechtsvertreters an seine Mandantin diejenige nach dem Eröffnungsdatum der angefochtenen Verfügung gewesen sein. Selbst wenn die Beschwerdeführerin nicht in der Lage gewesen sein sollte, anzugeben, dass ihr diese fünf Tage zuvor ausgehändigt worden sei, so konnte sie doch sicher angeben, dass sie die fragliche Verfügung kurz vor ihrer am 12. Oktober 2016 erfolgten Ausschaffung nach Kroatien und noch während ihres Aufenthalts im Regionalgefängnis erhalten habe. In diesem Zusammenhang gilt es dabei zu beachten, dass in diesem kurzen Zeitraum für die Beschwerdeführerin sehr prägende Ereignisse stattgefunden haben: Sie wurde von ihrem religiös angetrauten Ehemann getrennt, befand sich in Haft und stand kurz davor, nach Kroatien ausgeschafft zu werden. Die Erfahrung zeigt, dass mit einschneidenden Ereignissen verknüpfte Daten einprägsamer sind, als solche von banalen Begebenheiten. Infolgedessen ist mit grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sie ihren Rechtsvertreter über das Eröffnungsdatum in Kenntnis setzen konnte. In diesem Zusammenhang ist zudem auf die Mitwirkungspflicht der Parteien hinzuweisen (siehe auch nachfolgend E. 4.6).

**4.5** Des Weiteren wirft der Rechtsvertreter im Zusammenhang mit den Anträgen betreffend Gewährung der Akteneinsicht dem SEM vor, seiner Paginierungs- und Aktenführungspflicht nicht hinreichend nachgekommen zu sein. Die Akten seien nicht paginiert noch sei ein Aktenverzeichnis erstellt worden. Die Aktenführungspflicht ergibt sich aus dem Akteneinsichtsrecht, welches wie angetönt in Art. 26 ff. VwVG geregelt ist und Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt. Die Aktenführung hat geordnet, übersichtlich und vollständig zu sein und es muss ersichtlich werden, wer sie erstellt hat und wie sie zustande gekommen ist (vgl. dazu ausführlich

BVGE 2011/37 E. 5.4.1). Entgegen den anderslautenden Ausführungen auf Beschwerdeebene hat das SEM die Akten des vorliegenden Verfahrens paginiert und mit einem Aktenverzeichnis versehen, in welchem festgehalten wurde, was zur Sache gehört oder für den Entscheid wesentlich ist. Damit hat es den Anforderungen von Art. 26 ff. VwVG Genüge getan.

**4.6** Gemäss Art. 12 VwVG stellt die zuständige Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts kann nach Art. 49 Bst. b VwVG gerügt werden. "Unrichtig" ist die Sachverhaltsfeststellung beispielsweise dann, wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde. "Unvollständig" ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde trotz der geltenden Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt hat, oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt wurden (vgl. dazu SCHINDLER, in: Kommentar zum VwVG, 2008, Rz. 28 zu Art. 49, S. 676 f.). Die Untersuchungspflicht der Behörden findet ihre Grenzen an der Mitwirkungspflicht eines Gesuchstellers (vgl. Art. 13 VwVG). Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG sind Parteien verpflichtet, in einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren eingeleitet haben, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Somit wäre es grundsätzlich eine Obliegenheit der Beschwerdeführerin gewesen, ihren Vertreter über das fragliche Eröffnungsdatum zu unterrichten. Sollte es ihr tatsächlich nicht möglich gewesen sein, nähere Angaben über das Eröffnungsdatum der angefochtenen Verfügung zu machen, so hat sie bzw. ihr Vertreter die sich daraus ergebenden Folgen zu verantworten. Dieses Versäumnis kann jedoch nicht dem SEM angelastet und ihm vorgehalten werden, inskünftig seine Post zügiger zu versenden.

**4.7** In seiner Vernehmlassung vom 18. Januar 2017 führte das SEM ferner aus, dass der Beschwerdeführerin im Rahmen des Ausreisegesprächs vom 8. September 2016 das rechtliche Gehör zu einem allfälligen Einreiseverbot gewährt worden sei, weshalb es bei der Beantragung der Fernhaltungsmassnahme im Besitz ihrer diesbezüglichen Stellungnahme gewesen sei und von ihren Aussagen gebührend Kenntnis genommen habe. Da weder in der Beschwerdeschrift, noch in der Beschwerdeergänzung oder der Replik diesbezüglich weitere Erörterungen zu finden sind, erübrigen sich an dieser Stelle zusätzliche Ausführungen.

**4.8** Ob die in der vorinstanzlichen Verfügung genannten Gründe zutreffen und ob der rechtserhebliche Sachverhalt hinreichend sorgfältig abgeklärt

wurde, ist überdies eine Frage der sachverhaltlichen und rechtlichen Überprüfung (vgl. Urteil des BGer 2C\_270/2015 vom 6. August 2015 E. 3.2).

Soweit die Beschwerde das Willkürverbot (Art. 9 BV) als verletzt rügt, ist darauf hinzuweisen, dass dieses keinen selbständigen Gehalt bzw. keine eigenständige Auswirkung hat, weil das Bundesverwaltungsgericht Tat- und Rechtsfragen mit voller Kognition überprüfen kann.

**4.9** Unter den vorerwähnten Gesichtspunkten liegt damit keine Gehörsverletzung vor und es erübrigt sich, eine Frist zur Einreichung einer Beschwerdeergänzung anzusetzen bzw. die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen.

## **5.**

**5.1** Gestützt auf Art. 67 AuG kann das SEM gegenüber weggewiesenen ausländischen Personen ein Einreiseverbot verfügen, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a–c AuG sofort vollstreckt wird oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert Frist nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. a und b AuG). Sodann kann es nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a–c AuG Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, 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 worden sind (Bst. c). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich 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 ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

**5.2** Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten dar, sondern ist eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, S. 3813). 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 (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). In diesem

Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 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 dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne Weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss in erster Linie das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer C-3072/2014 vom 3. Februar 2016 E. 3.2. m.H.).

**5.3** Einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG begeht demnach auch, wer Normen des Ausländerrechts zuwiderhandelt. Dabei genügt es, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltmassnahme dar. Es obliegt jeder Ausländerin und jedem Ausländer, sich über die hiesigen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Behörde zu erkundigen (vgl. statt vieler Urteil des BVGer C-7411/2014 vom 30. März 2016 E. 4.2 m.H.).

## **6.**

Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt (Drittstaatangehörige), ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS II zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II-VO], Abl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006).

## **7.**

Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin in ihrer Verfügung vor, sie sei illegal in die Schweiz eingereist und habe ein Asylgesuch eingereicht, auf welches rechtskräftig nicht eingetreten worden sei. Sie sei aufgrund des Dublin-Assoziierungsabkommen durch die dafür zuständige Behörde aus

der Schweiz weggewiesen worden bzw. es habe der Vollzug der Wegweisung durch Anordnung einer Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft sichergestellt werden müssen. Die Kosten für die Rückschaffung habe die öffentliche Hand getragen. Angesichts dieser Verstösse und der damit einhergehenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei der Erlass einer Fernhaltmassnahme im Sinne von Art. 67 AuG angezeigt. Private Interessen, die das öffentliche Interesse an künftigen kontrollierten Einreisen überwiegen könnten, würden sich weder aus den Akten ergeben noch seien solche im Rahmen des am 8. September 2016 gewährten rechtlichen Gehörs geltend gemacht worden.

## **8.**

Ausgehend vom Wortlaut der Begründung stützte sich das SEM zunächst auf Art. 64d Abs. 2 Bst. f AuG, wonach die Wegweisung sofort vollstreckbar ist bzw. eine Ausreisefrist von weniger als 7 Tagen angesetzt werden kann, wenn die betreffende Person aufgrund des Dublin-Assoziierungsabkommens weggewiesen wird. Des Weiteren stützte sie sich auf die gegen die Beschwerdeführerin verhängte Ausschaffungshaft und den Umstand, wonach die öffentliche Hand die Rückschaffung nach Kroatien finanzieren musste.

## **9.**

**9.1** Gemäss Art. 76a Abs. 1 AuG kann eine betroffene ausländische Person zur Sicherstellung der Wegweisung in den für das Asylverfahren zuständigen Dublin-Staat in Haft genommen werden, wenn nach Prüfung des Einzelfalles feststeht, dass konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will (Bst. a), die Haft verhältnismässig ist (Bst. b) und sich weniger einschneidende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen lassen (Bst. c).

**9.2** Aktenkundig hat die Beschwerdeführerin klar zum Ausdruck gebracht, die im Dublin-Verfahren gefällten Entscheide nicht zu akzeptieren bzw. nicht freiwillig aus der Schweiz auszureisen (vgl. Bst. B vorstehend). Demgegenüber erklärte das Verwaltungsgericht Bern in seiner Abschreibungsverfügung vom 13. Oktober 2016 „vermutlich“ sei die Ausschaffungshaft zu Unrecht angeordnet worden. Die Frage, ob die Ausschaffungshaft rechtmässig ergangen ist, kann indes offen bleiben, darf doch das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid anders begründen als die Parteien oder die Vorinstanz. Es kann dabei die Verfügung im Ergebnis gleich belassen, dieser aber andere Motive zugrunde legen (sog. Motivsubstitution;

vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N. 1136, siehe auch Ausführungen in E. 3 in fine).

**9.3** Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat, indem sie rechtswidrig in die Schweiz eingereist ist und damit den Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gesetzt hat. Getrennt von der Frage der Notwendigkeit bzw. der Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft ist jene zu beurteilen, dass konkrete Anzeichen dafür bestanden, die Beschwerdeführerin wolle sich der Ausschaffung entziehen, was angesichts ihrer klaren Weigerung zu bejahen ist. Unbestreitbar wurde die Wegweisung sofort vollstreckt und deren Kosten mussten von der öffentlichen Hand getragen werden. Damit sind gleich mehrere Voraussetzungen zur Anordnung einer Fernhaltetmassnahme erfüllt.

## **10.**

**10.1** 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, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 f.).

**10.2** Das öffentliche Interesse an einer befristeten Fernhaltung der Beschwerdeführerin ist schon aus objektiver, präventiv-polizeilicher Sicht von Bedeutung. Ein Einreiseverbot soll hier andere Ausländerinnen und Ausländer angesichts der nachteiligen Folgen dazu anhalten, sich an die ausländerrechtliche Ordnung des Gastlandes zu halten. Andererseits ist eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin zu sehen, dass sie die Betroffenen ermahnt, inskünftig den für sie geltenden Regeln nachzuleben. Vorliegend kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beschwerdeführerin illegal in die Schweiz eingereist ist und ausdrücklich erklärt hat, die Schweiz nicht freiwillig wieder zu verlassen. Eine konstante und conse-

quente Praxis der Verwaltungsbehörde ist somit unabdingbar, um der ausländerrechtlichen Ordnung Nachachtung zu verschaffen (vgl. Urteil des BVGer C-5080/2014 vom 21. März 2016 E. 7.2 m.H. oder neuer F-3650/2015 vom 20. März 2017 E. 7.2 m.H.).

**10.3** An privaten Interessen liess die Beschwerdeführerin vorbringen, sie erwarte ein Kind von ihrem religiös angetrauten Ehemann (A.D.), welcher mit einen gültigen Aufenthaltsstatus in der Schweiz lebe. Sie würden sich eine Ziviltrauung in der Schweiz wünschen bzw. sie hätten sich ein Ziviltrauung in der Schweiz gewünscht und auch schon viele Schritte in dieser Hinsicht unternommen. Bis anhin sei dies nicht möglich gewesen, weil die Beschwerdeführerin über keinen gültigen Aufenthaltstitel verfügt habe (vgl. dazu auch die gleichlautenden Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem ersten Asylverfahren in der Schweiz: Urteil des BVGer E-2027/2016 E. 5.3.2). Demgegenüber erklärte sie in der Replik, im Moment stehe ein Ehevorbereitungsverfahren nicht zur Diskussion. Sie sei bereits religiös mit A.D. verheiratet und es sei ein Familiennachzugsgesuch beim Migrationsamt von dessen Wohnsitzgemeinde hängig.

**10.4** In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um ein Aufenthaltsrecht geht, sondern um eine Fernhaltungsmassnahme. Die beanstandeten Beeinträchtigungen des Familien- und Privatlebens sind daher nur soweit rechtserheblich, als sie unmittelbar auf das Einreiseverbot zurückzuführen sind. Bereits im Asylverfahren wurde festgestellt, dass im Fall der Beschwerdeführerin und ihres religiös angetrauten Ehemanns nicht von einer nahen, echten und tatsächlich gelebten Beziehung ausgegangen werden kann (vgl. E-2027/2016 E. 5.3.2). Die entscheidende Frage lautet somit, ob der Malus, den die Beschwerdeführerin dadurch erfährt, dass sie in ihrer Eigenschaft *als eine ausländische Person ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz* mit einem Einreiseverbot belegt wird, vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV standhält. Da kein Anspruch auf Eheschliessung an einem bestimmten Ort besteht (vgl. dazu Urteil des BGER 2C\_756/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 2.3.2 m.H.), sondern wesentlich ist, dass eine Ehe überhaupt geschlossen werden kann, und die Beschwerdeführerin sich über ihre Heiratsabsichten widersprüchlich geäussert hat, erübrigen sich an dieser Stelle weitere diesbezügliche Ausführungen. Das Einreiseverbot als solches beeinträchtigt ihr Interesse an einem von staatlichen Eingriffen ungestörten eheähnlichen Zusammenleben nur soweit, als sie für Einreisen in die Schweiz eine Suspension einholen muss (Art. 67 Abs. 5 AuG). Wohl wird die Suspension praxisgemäss nur für kurze und klar begrenzte Zeit gewährt und

sie darf das Einreiseverbot nicht aushöhlen. Die damit einhergehenden bzw. damit verbundenen Einschränkungen sind jedoch hinzunehmen, zumal diese zum Schutze der öffentlichen Sicherheit erforderlich sind (Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Den Beteiligten bleibt dessen unbeschadet die Möglichkeit erhalten, sich in Kroatien zu treffen und den Kontakt mittels moderner Kommunikationsmittel zu pflegen. Nur im dargestellten, erheblich relativierten Umfang beeinträchtigt das Einreiseverbot die Pflege der Beziehung zu ihrem religiös angetrauten Ehemann in der Schweiz (vgl. dazu BSGE 2013/4 E. 7.4.1 bis 7.4.3 m.H.)

**10.5** Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. In Anbetracht der die Fernhaltungsmassnahme auslösenden Gründe sowie gestützt auf vergleichbare Fälle (vgl. bspw. Urteil des BSGer C-5080/2014 vom 12. März 2016 E. 7.4 m.H. oder F-3650/2015 E. 7.3 m.H.) gelangt das Gericht allerdings zur Auffassung, dass die ausgesprochene Dauer von drei Jahren zu lang ist und dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin mit einem Einreiseverbot von zwei Jahren Dauer hinreichend Rechnung getragen wird.

## **11.**

Somit verletzte die Vorinstanz mit dem auf drei Jahre bemessenen Einreiseverbot Bundesrecht (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf zwei Jahre – bis zum 22. September 2018 – zu befristen.

## **12.**

**12.1** Die Beschwerdeführerin liess mit ihrer Eingabe vom 21. Oktober 2016 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Gestalt einer Befreiung von der Pflicht zur Tragung allfälliger Verfahrenskosten ersuchen (Art. 65 Abs. 1 VwVG).

**12.2** Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG wird eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag hin von der Pflicht zur Bezahlung allfälliger Verfahrenskosten befreit, wenn ihr Begehren im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung nicht aussichtslos erscheint. Als bedürftig im Sinne des Gesetzes gelten dabei Personen, die nicht in der Lage sind, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müssten, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind

(BGE 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232; 127 I 202 E. 3.b S. 205). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden (BGE 124 I 1 E. 2a S. 2 f. m.H.). Der Nachweis der Bedürftigkeit obliegt der Partei (Urteil des BGer 2A.502/2006 vom 4. Januar 2007 E. 4.1).

**12.3** Das Begehren der Beschwerdeführerin war nicht aussichtslos und die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin wurde nachgewiesen. Demzufolge ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutzuheissen.

**12.4** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wären der Beschwerdeführerin grundsätzlich die ermässigten Verfahrenskosten aufzuerlegen (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]). Aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Verfahrensführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG sind vorliegend jedoch keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG).

**12.5** Zudem ist der Beschwerdeführerin für das teilweise Obsiegen eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da dem Gericht keine Kostennote des Rechtsvertreters vorliegt, ist die Entschädigung auf Grund der Akten festzulegen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und das Einreiseverbot bis zum 22. September 2018 befristet.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 500.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])
- den Migrationsdienst des Kantons Bern

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Antonio Imoberdorf

Ulrike Raemy

Versand: