Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-820/2009

Urteil vom 9. März 2011

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiberin Viviane Eggenberger.

Parteien

K._____,
vertreten durch Sararard Arquint, Fürsprecher,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Die 1980 geborene Beschwerdeführerin ist Staatsbürgerin der Elfenbeinküste. Nach ihrer Eheschliessung am 31. Dezember 1999 in Grand-Bassam (Côte d'Ivoire) mit einem (1964 geborenen) Schweizer ursprünglich ebenfalls ivorischer Herkunft reiste sie am 22. Mai 2001 in die Schweiz ein. Im Rahmen des Familiennachzugs wurde ihr am 14. Juni 2001 eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem Ehemann erteilt, welche letztmals mit Gültigkeit bis zum 21. Mai 2004 verlängert wurde.

B.
Am 2. Oktober 2003 wurde die Beschwerdeführerin am Flughafen Zürich-Kloten unmittelbar im Anschluss an die Einfuhr von 2'479.7 Gramm Kokaingemisch (Reinheitsgrad 92%, entsprechend somit circa 2'280 Gramm reinem Kokainhydrochlorid) von Ghana in die Schweiz verhaftet. Am 9. März 2004 trat sie den vorzeitigen Strafvollzug an. Das Bezirksgericht Bülach sprach sie mit Urteil vom 1. Juni 2004 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG; SR 812.121) schuldig (Art. 19 Ziff. 1 al. 3 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 Bst. a BetmG) und verurteilte sie zu einer Zuchthausstrafe von 2 ¾ Jahren, wovon 244 Tage durch Polizeiverhaft, Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafantritt am Urteilstag erstanden waren. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

C.
Im Rahmen einer polizeilichen Einvernahme vom 16. August 2004 wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör im Hinblick auf die Prüfung von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen gewährt.

D.
Mit Verfügung vom 25. Oktober 2004 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich das Gesuch der Beschwerdeführerin um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab und setzte die Frist zum Verlassen des Kantonsgebiets auf den Zeitpunkt ihrer Entlassung aus dem Strafvollzug fest. Dagegen setzte sie sich erfolglos beim Regierungsrat des Kantons Zürich (Beschluss vom 1. März 2006) und beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Entscheid vom 23. August 2006) zur Wehr. Mit Urteil vom 26. Februar 2007 im Verfahren 2A.582/2006 wies in letzter Instanz das Bundesgericht eine Beschwerde gegen den Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts ab.

E.
In der Zwischenzeit war die Beschwerdeführerin nach Verbüssung von zwei Dritteln der Strafe am 29. Juli 2005 aus dem Strafvollzug bedingt entlassen worden, wobei ihr diesbezüglich eine Probezeit von zwei Jahren auferlegt worden war.

Ausserdem war am 19. Mai 2006 B._____, der gemeinsame Sohn der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes, zur Welt gekommen.

F.
Am 3. Mai 2007 verfügte das BFM die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf die ganze Schweiz sowie das Fürstentum Liechtenstein und wies die Beschwerdeführerin an, dieses Gebiet bis zum 15. Juni 2007 zu verlassen. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wurde gleichzeitig die aufschiebende Wirkung entzogen.

Diese Verfügung focht die Beschwerdeführerin mit Rechtsmitteleingabe vom 7. Juni 2007 beim Bundesverwaltungsgericht an (Beschwerdeverfahren C-3927/2007). Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Zwischenverfügung vom 13. Juni 2007 infolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abgewiesen.

G.
Mit Gesuch vom 29. August 2007 machte die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg ein (zur Zeit noch pendentes) Verfahren anhängig.

H.
Am 29. November 2007 wurde die Beschwerdeführerin in ihr Herkunftsland ausgeschafft, wobei sie von ihrem Sohn begleitet wurde.

Nach einem Aufenthalt bei der Beschwerdeführerin und dem gemeinsamen Sohn in der Elfenbeinküste kehrte der Ehemann im April 2008 mit diesem zusammen in die Schweiz zurück. Seither lebt B._____ bei seinem Vater.

I.
Im Zuge der Rückreise der Beschwerdeführerin in ihr Herkunftsland wurde das beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemachte

Beschwerdeverfahren mit Entscheid vom 26. August 2008 infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

J.
Aufgrund des geschilderten Sachverhalts (vgl. Bst. B) verfügte das BFM am 17. Januar 2008 gegenüber der Beschwerdeführerin ein Einreiseverbot von unbestimmter Dauer. Zur Begründung führte es unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20; seit dem 1. Januar 2011: Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG; zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5457) aus, die von ihr begangenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz stellten einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wurde gleichzeitig gestützt auf Art. 55 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) die aufschiebende Wirkung entzogen. Diese Verfügung wurde der Beschwerdeführerin in der Folge nicht eröffnet.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2009 erliess das BFM gegenüber der Beschwerdeführerin – gestützt wiederum auf (den damaligen) Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG und wiederum unter Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde – ein neuerliches Einreiseverbot unbestimmter Dauer.

K.
Mit Strafurteil vom 12. Januar 2009 wurde die Beschwerdeführerin durch das Bezirksgericht Zürich wegen rechtswidrigen Verweilens in der Schweiz (Aufenthalt nach Ablauf der ihr zur Ausreise gesetzten Frist [vgl. Bst. F]) zu einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen à je Fr. 20.- verurteilt (wobei der bedingte Vollzug nicht gewährt wurde). Gleichzeitig wurde die Probezeit betreffend die bedingte Entlassung (vgl. Bst. E) von zwei auf drei Jahre verlängert.

L.
Am 7. Februar 2009 hat die Beschwerdeführerin gegen das vorinstanzliche Einreiseverbot beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben mit dem Antrag auf Aufhebung, eventualiter Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung. Zur Begründung führt

sie aus, aufgrund ihrer hierzulande lebenden Familienangehörigen (Ehemann und Sohn mit Schweizer Bürgerrecht) habe sie besonders enge Beziehungen zur Schweiz. Die verhängte Fernhaltemassnahme greife in ihr Recht auf Familienleben bzw. auf Wiedervereinigung mit ihrer Familie in der Schweiz innert einer bestimmten Frist ein. Das zeitlich nicht beschränkte Einreiseverbot erweise sich als unverhältnismässig. Die Wiedervereinigung mit ihrer Familie hierzulande müsse der Beschwerdeführerin nach einer bestimmten Zeit möglich und dieser Zeitpunkt voraussehbar sein.

M.
In ihrer Vernehmlassung vom 26. März 2009 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Sie hält fest, die der Fernhaltemassnahme zugrundeliegende Straftat werde von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Ihr strafrechtliches Verschulden wiege schwer, was sich an der ausgefällten Strafe zeige. Angesichts insbesondere des Umstands, dass es sich um Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz handle, hätten ihre persönlichen Interessen an ungehinderten bzw. unkontrollierten Einreisen in die Schweiz gegenüber dem öffentlichen Fernhaltungsinteresse zurückzutreten. In Bezug auf die Dauer der verhängten Fernhaltemassnahme führt sie aus, sie sei grundsätzlich bereit, dereinst ein Gesuch um Aufhebung zu prüfen; angesichts der Schwere der Verurteilung könne eine solche jedoch frühestens zehn Jahre nach Erlass in Betracht fallen. Jedoch sei sie aufgrund der Umstände bereit, mehrmals pro Jahr Suspensionsgesuche wohlwollend zu prüfen, sofern die Mutter-Kind-Beziehung gefestigt sei und gelebt werde.

N.
Mit Replik vom 4. Mai 2009 lässt die Beschwerdeführerin nochmals die – aus ihrer Sicht – Unverhältnismässigkeit der Fernhaltemassnahme hinsichtlich ihrer Dauer betonen und auf die Einmaligkeit ihres deliktischen Verhaltens hinweisen. Sie sei nach Verbüssung eines Teils der Strafe bedingt aus dem Strafvollzug entlassen worden, was auf eine gute Prognose hinsichtlich einer allfälligen Rückfallgefahr schliessen lasse. Seit ihrer Entlassung habe sie sich denn auch nichts mehr zuschulden kommen lassen. Hinsichtlich der Beziehung zu ihrem Sohn weist sie darauf hin, dass er vor ihrer Ausschaffung hauptsächlich von ihr betreut worden sei und sie namentlich deshalb auf seiner Ausreise gemeinsam mit ihr bestanden habe, weil sie der Auffassung gewesen sei, eine Trennung würde dem Kindeswohl widersprechen. Aufgrund der

prekären Bedingungen sei der Sohn jedoch bereits fünf Monate nach seiner Ausreise vom Vater – trotz nach wie vor ungeklärter rechtlicher Verhältnisse – wieder in die Schweiz zurückgebracht worden. Seither pflege sie ihre Beziehung zu ihrem Sohn jedoch im Rahmen des Möglichen (insbesondere mittels täglicher Telefongespräche). Nichts spreche unter diesen Umständen gegen ein gefestigte und im Rahmen des Möglichen gelebte Mutter-Kind-Beziehung.

O.
Einem Gesuch der Beschwerdeführerin um vorübergehende Aufhebung des Einreiseverbots zum Zwecke eines Besuchs bei ihrem Ehemann und ihrem Sohn entsprach das BFM mit Suspensionsverfügung vom 6. Oktober 2009.

P.
Mit Eingabe vom 9. Februar 2011 hat die Beschwerdeführerin die gerichtliche Befragung ihres Ehemannes beantragt.

Q.
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. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde gegen die (mit einem Hinweis auf Art. 67 Abs. 1 AuG minimal begründete) vorinstanzliche Verfügung ist somit einzutreten (vgl. 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 – 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 sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheids (vgl. BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374).

3.
Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin als Beweismassnahme beantragten gerichtlichen Befragung ihres Ehemannes ist Folgendes festzuhalten: Der Behörde kommt grundsätzlich die Pflicht zu, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 12 VwVG). Die Behörden sind verpflichtet, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweis).

Der entscheiderhebliche Sachverhalt erschliesst sich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, in hinreichender Weise aus den Akten. Von der beantragten Befragung des Ehemannes kann daher in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden.

4.

4.1. Mit Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I des Anhangs 2 zum AuG). Das AuG beansprucht Geltung auf alle Verfahren, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet wurden, sei es nun auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario; ferner BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen).

Wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die – wie vorliegend – noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts andauern, liegt eine unechte Rückwirkung vor, die – vorbehältlich des Vertrauensschutzprinzips – grundsätzlich zulässig ist (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ St.Gallen 2010, Rz. 337 ff.).

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

5.

5.1. Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre des Art. 13 ANAG. Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung 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 (Bst. a) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert der angesetzten Frist nachgekommen ist (Bst. b). 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 (Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c). Hinsichtlich der Dauer der Fernhaltemassnahme hält Art. 67 Abs. 3 AuG fest, dass das Einreiseverbot für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt wird, jedoch auch für eine längere Dauer verfügt werden kann, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Schliesslich kann die verfügende Behörde nach Art. 67 Abs. 5 AuG aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben.

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), weswegen sich für die Beschwerdeführerin im Ergebnis nichts ändert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2482/2009 vom 28. Januar 2011 E. 6.2).

5.2. Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre stellt das Einreiseverbot keine *Sanktion* dar (eine solche erweist sich definitions- bzw. naturgemäss als eine Reaktion – im Sinne zumindest *auch* einer Ahndung – auf *vergangenes* Fehlverhalten); sie bildet eine Massnahme zur Abwendung einer *künftigen* Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 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 (Botschaft, a.a.O., 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. 12 und 13 mit Hinweisen). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft somit an das *Bestehen eines Risikos* einer *künftigen* Gefährdung an. Es ist daher gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalls eine entsprechende *Prognose* zu fällen, wobei naturgemäss auf die Vergangenheit abgestellt werden muss, mithin in erster Linie auf das vergangene Verhalten der betroffenen Person. Ein vergangenes deliktisches Verhalten ist sodann geeignet, einen *Hinweis* auf eine *Gefährdung* in der Zukunft zu liefern (vgl. auch CATERINA NÄGELI/NIK SCHOCH, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 22.177, sowie zum Ganzen kritisch: PAUL-LUKAS GOOD/PATRICK SUTTER, Einreiseverbot als Sanktion für vergangenes Verhalten oder Mittel zur Gefahrenabwehr?, Sicherheit & Recht 3/2010, S. 199 ff.). Aus diesem Grund verknüpft Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG die Verhängung einer solchen Massnahme unter anderem mit einem (bereits erfolgten) Verstoss gegen die fraglichen Polizeigüter. Art. 80 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) konkretisiert lediglich, wie der Begriff des "Verstosses" nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG zu verstehen ist; so hält er fest, dass (unter anderem) eine Missachtung gesetzlicher Vorschriften und behördlicher Verfügungen dazu zählt (Bst. a). Ausschlaggebend für den Erlass eines Einreiseverbots ist mithin jedoch nicht der Umstand, *dass* jemand in der Vergangenheit straffällig geworden ist; in Fällen von vergangenem deliktischem Verhalten wird eine solche Massnahme verhängt, wenn *aufgrund* dessen vom Risiko einer künftigen Gefährdung ausgegangen werden muss (vgl. zum Ganzen – auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7549/2008 und C-7550/2008 vom 23. August 2010 insb. E. 3.2 und 4.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hatte in einem Verfahren betreffend Bewilligungswiderruf in grundlegender Weise festgehalten, eine "längerfristige Freiheitsstrafe" (welche nach Art. 62 Bst. b erster Satzteil AuG einen Widerrufsgrund darstellt) liege vor, wenn gegen eine Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgefällt worden sei (vgl. BGE 135 II 377 E. 4.2 S. 379 ff.). A fortiori kann im Zusammenhang mit

der Verhängung einer Fernhaltemassnahme an diese Rechtsprechung angeknüpft bzw. eine solche Freiheitsstrafe im Rahmen der zu stellenden Prognose gewürdigt werden.

Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz sind ohne weiteres als Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu qualifizieren und können daher – wie bereits unter der Geltung des ANAG bzw. der alten Fassung des AuG – die Anordnung von (zum Teil langen) Fernhaltemassnahmen nach sich ziehen (vgl. dazu die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-20/2010 vom 12. Oktober 2010 E. 5 f., C-4509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 6 f. und C-6199/2008 vom 24. August 2009 E. 5.1 ff. und 6.2 mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung; vgl. auch BVGE 2008/24 E. 4.3 sowie zum Ganzen auch BGE 131 II 352 E. 4.3.1 S. 359 f. und BGE 125 II 521 E. 4a/aa S. 526 f.).

In Konstellationen, in welchen kein sogenannter Vertragsausländer betroffen ist, erweist sich auch die Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte als zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_542/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 3.2 mit Hinweisen [betreffend ebenfalls einen Bewilligungswiderruf – wiederum a fortiori] sowie das erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7549/2008 und C-7550/2008 E. 7.1).

6.
Am 2. Oktober 2003 führte die Beschwerdeführerin eine Menge von 2'479.7 Gramm Kokaingemisch (bei einem Reinheitsgrad von 92%, entsprechend 2'280 Gramm reinem Kokainhydrochlorid) von Ghana in die Schweiz ein, wofür sie als Entgelt einen Betrag in der Höhe von Fr. 2'000.- erhalten sollte. Aufgrund dieses Sachverhalts wurde sie wegen Verstosses gegen Art. 19 Ziff. 1 al. 3 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 Bst. a BetmG zu einer Zuchthausstrafe von 2 ¾ Jahren verurteilt. Dabei ist das Gericht sowohl im Schuld- als auch im Strafpunkt vollumfänglich den Anträgen der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland gefolgt (vgl. Anklageschrift vom 9. März 2004). Bereits am 9. März 2004 hat sie vorzeitig den Strafvollzug angetreten und in der Folge auch das Strafurteil nicht angefochten.

Eine solche Handlung stellt nach dem Dargelegten (vgl. E. 5.2) selbstredend einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG dar. Die Voraussetzungen für die Verhängung eines Einreiseverbots nach dieser Bestimmung erweisen sich

demnach ohne weiteres als erfüllt, was im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt wird.

7.

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.).

7.1. Angesichts der vorstehenden Ausführungen besteht an der Fernhaltung als solche klarerweise ein erhebliches öffentliches Interesse. Als ebenso offenkundig erweist sich, dass von der Beschwerdeführerin eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, welche die Verhängung einer Fernhaltemassnahme von einer fünf Jahre überschreitenden Dauer zulässt (vgl. Art. 67 Abs. 3 AuG). Die Beschwerdeführerin hat anlässlich ihrer Tat eine kriminelle Energie beträchtlichen Ausmasses an den Tag gelegt; die Schwere ihres deliktischen Verhaltens und ihres Verschuldens erweist sich als erheblich. Mit der Einfuhr jener (ihr immerhin grob bekannten) erheblichen Menge an Drogen hat sie die Gefährdung der Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in Kauf genommen, was ihre Tat als Verbrechen qualifiziert. Ihr war auch bekannt, dass sie „Drogen transportieren würde und dass Drogen etwas Schlechtes sind“ (vgl. die Anklageschrift vom 9. März 2004, S. 2). Sie selber war nicht von Suchtmitteln abhängig, so dass ihr Handeln nicht im Zusammenhang mit sogenannter Beschaffungskriminalität gesehen werden kann; es lagen ihm rein finanzielle Motive zugrunde. Die Beschwerdeführerin hat damit aus ausschliesslich gewinnorientierten, egoistischen Beweggründen die physische Integrität bzw. Leib und Leben – mithin besonders schützenswerte Rechtsgüter (vgl. BGE 131 II 352 E. 4.3.1 S. 359 f. und BGE 125 II 521 E. 4a/aa S. 526 f.) – einer Vielzahl von Menschen gefährdet bzw. verletzt. Dass sich ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zum Tatzeitpunkt womöglich als nicht besonders komfortabel dargestellt

haben mögen, vermag ihr Verschulden nicht als geringer erscheinen zu lassen.

Die Beschwerdeführerin argumentiert, es sei (insbesondere in Anbetracht der fehlenden Begründung des Strafurteils) nicht zulässig, einzig aus der Höhe der ausgefällten Strafe auf ein (schweres) Verschulden ihrerseits zu schliessen (Replik S. 1). Das Verschulden stellt im Rahmen der von der Strafgerichtsbarkeit vorzunehmenden Strafzumessung seit jeher den massgeblichen Parameter für die Höhe einer auszufällenden Strafe dar (vgl. Art. 34 Abs. 1 Satz 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]). Selbstredend ist es daher (auch bei einem unbegründet gebliebenen Urteil) zulässig, umgekehrt aus der Höhe der verhängten Strafe Rückschlüsse auf die Schwere des Verschuldens der verurteilten Person zu ziehen. Genau so ist im Verfahren betreffend die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung das Bundesgericht (wie die kantonalen Instanzen vor ihm) verfahren, als es festgehalten hat, die verhängte Strafe bringe das Verschulden der Beschwerdeführerin klar zum Ausdruck (vgl. das Urteil 2A.582/2006 vom 26. Februar 2007 E. 3.4).

Die Versuche des Parteivertreters, die Schwere des deliktischen Verhaltens der Beschwerdeführerin zu relativieren, indem er die Einmaligkeit dieses Ereignisses hervorhebt, erweisen sich als unbehelflich. Aufgrund der im Betäubungsmittelbereich verübten Straftat und insbesondere der massiven Gefährdung womöglich unzähliger Personen musste sie damit rechnen, über viele Jahre hinweg als Risikofaktor für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eingestuft zu werden (vgl. in diesem Sinne – auf der Grundlage anderer Straftaten – BGE 130 II 493 E. 5 S. 504).

Ein Einreiseverbot wird auf unbestimmte Dauer verhängt, wenn zu diesem Zeitpunkt keine zuverlässige Prognose darüber abgegeben werden kann, wie lange seitens der betroffenen Person ein Risiko für die öffentliche Sicherheit bestehen wird. Verhält sie sich während längerer Zeit klaglos, so stellt dies (im Rahmen der zu berücksichtigenden gesamten Umstände des Einzelfalls) ein Argument dafür dar, dass das öffentliche, die Fernhaltemassnahme rechtfertigende Sicherheitsbedürfnis nachträglich weggefallen ist. Für die Berechnung der Dauer des klaglosen Verhaltens ist dabei nicht auf den Begehungs- oder den Urteilszeitpunkt abzustellen, sondern darauf, wie lange sich eine straffällig gewordene Person nach ihrer Entlassung aus der Haft in Freiheit bewährt hat (vgl. BVGE 2008/24 E. 4.3 und 6.2 je mit Hinweisen). Zwar trifft zu, dass die Beschwerdeführerin Ende Juli 2005 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen wurde. Jedoch scheint sie sich erst seit ihrer Rückkehr in ihren Herkunftsstaat im November 2007 in strafrechtlicher Hinsicht – soweit ersichtlich – bewährt zu haben. So ist im Januar 2009 eine weitere Verurteilung – zu einer (unbedingten) Geldstrafe – hinzugekommen. Aufgrund ihres Aufenthalts in der Schweiz trotz bestehender Pflicht zur Ausreise (von Mitte Juni bis Ende November 2007) wurde sie wegen rechtswidrigen Verweilens im Land (vgl. Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG in Verbindung mit Art. 126 Abs. 4 AuG; heute: Rechtswidriger Aufenthalt nach Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG) verurteilt. Das zugrundeliegende Verhalten mag zwar als nicht besonders schwerwiegend sowie angesichts der familiären Umstände in einem gewissen Mass nachvollziehbar erscheinen. Doch stellt dies nichtsdestotrotz einen Hinweis darauf dar, dass sie auch nach ihrer Haftentlassung bzw. Wegweisung aus der Schweiz nicht bereit und willens war, sich an die hiesigen Konventionen und Gesetzesnormen zu halten. Gerade angesichts ihrer familiären

Verhältnisse hätte die Beschwerdeführerin im Anschluss an die Haftentlassung alles Interesse daran haben müssen, sich gesetzeskonform zu verhalten. Angesichts der Schwere der ursprünglichen Straftat im Betäubungsmittelbereich, der auf dem Spiel stehenden höchsten Rechtsgüter einer Vielzahl von Personen, sowie des Umstands, dass sich die Beschwerdeführerin auch nach ihrer Haftentlassung nicht klaglos verhalten hat, erweist sich die seither vergangene Bewährungszeit als zu kurz, als dass in unmittelbarer oder mittelbarer Zukunft von einer grundlegenden und gefestigten Wandlung ausgegangen werden könnte (vgl. BGE 130 II 493 E. 5 S. 504).

Damit erscheint die Anwendung eines strengen Massstabs als angezeigt und zum heutigen Zeitpunkt ein öffentliches Interesse an einer nicht von vornherein befristeten Fernhaltemassnahme als gerechtfertigt.

7.2. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung ihres Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK insbesondere aufgrund der fehlenden Befristung bzw. a priori Unbeschränktheit in zeitlicher Hinsicht der verhängten Fernhaltemassnahme geltend.

Zunächst ist hervorzuheben, dass allfällige Einschränkungen des Privat- bzw. Familienlebens der Beschwerdeführerin im vorliegenden Zusammenhang aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein können, soweit sie auf das Fehlen eines dauerhaften Aufenthaltsrechts in der Schweiz zurückzuführen sind (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 7.3 mit weiteren Hinweisen). Die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone. Der Beschwerdeführerin wurde die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch die zuständigen kantonalen Behörden verweigert und dieser Entscheid in letzter Instanz vom Bundesgericht bestätigt (vgl. bereits erwähntes Urteil 2A.582/2006). Die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte zu Ehemann und Kind scheitert daher bereits an ihrem fehlenden Anwesenheitsrecht hierzulande. Somit stellt sich in vorliegenden Verfahren nurmehr die Frage, ob die über die Verweigerung des Aufenthaltsrechts hinausgehende, durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkte Erschwernis vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK (und Art. 13 Abs. 1 BV) standhält.

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass sich die Beschwerdeführerin derzeit nur zu Besuchszwecken in der Schweiz aufhalten dürfte. Eine Aufhebung des Einreiseverbots führte demnach lediglich dazu, dass sie den allgemeinen, für Staatsangehörige der Elfenbeinküste geltenden Einreisebestimmungen (insbesondere der Visumspflicht) unterstünde (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] mit Verweis auf die

Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001, welche im Anhang I eine Liste von Drittländern enthält – darunter die Elfenbeinküste – deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen der Schengen-Mitgliedstaaten im Besitze eines Visums sein müssen). Sie könnte somit ohnehin nicht bewilligungsfrei in die Schweiz einreisen. Die Wirkungen des Einreiseverbots bestehen zudem nicht darin, dass der Beschwerdeführerin während dessen Geltungsdauer Besuchsaufenthalte bei ihren Familienangehörigen in der Schweiz schlichtweg untersagt wären. Es steht ihr vielmehr die Möglichkeit offen, aus wichtigen Gründen mittels begründetem Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Suspension wird praxisgemäss nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt (vgl. zum Ganzen wiederum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4509/2009 vom 7. Januar 2010). Mit der Bewilligung einer Suspension des Einreiseverbots (vgl. Suspensionsverfügung vom 6. Oktober 2009) hat die Vorinstanz sodann ihre Bereitschaft, die Kontaktpflege der Beschwerdeführerin mit ihren Familienangehörigen in der Schweiz zu ermöglichen, bereits unter Beweis gestellt. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin (vgl. Eingabe vom 10. Dezember 2010) hat sie selber seither nicht mehr um weitere Suspensionen der Fernhaltemassnahme ersucht.

Im vorliegenden Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass der gemeinsame Sohn der Beschwerdeführerin und ihres Ehemanns am 19. Mai 2006 zur Welt kam, die Zeugung also im August 2005 erfolgt sein musste. Die Abweisung des Gesuchs um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung seitens der kantonalen Migrationsbehörde war am 25. Oktober 2004 erfolgt. Das Kind wurde somit in Kenntnis der bzw. im Bewusstsein um die Unsicherheit des ausländerrechtlichen Status der Beschwerdeführerin und die sich in der Folge möglicherweise ergebenden Schwierigkeiten hinsichtlich der künftigen Kontaktpflege gezeugt (weswegen das Bundesgericht diesem Umstand kein erhebliches Gewicht beimass, vgl. das Urteil 2A.582/2006 E. 3.8).

Den geltend gemachten privaten Interessen der Beschwerdeführerin kann jedenfalls im dargelegten Umfang und Rahmen Rechnung getragen werden. Ob in diesem, in erster Linie administrativen Erschwernis bereits ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Familienleben begründet ist, kann offen bleiben.

Selbst wenn von einem unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK relevanten Eingriff ausgegangen würde, wäre ein solcher unter den konkreten Begebenheiten gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK als gerechtfertigt zu qualifizieren. In neueren Urteilen des Bundesgerichts (in Verfahren betreffend jeweils das Anwesenheitsrecht) werden bei der im Rahmen von Art. 8 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung und den diesbezüglich einzubeziehenden Gesichtspunkten explizit ordnungs- und sicherheitspolizeiliche Interessen vorbehalten (BGE 135 I 143 E. 4 insb. E. 4.1 in fine und 4.4 S. 150 ff., BGE 135 I 153 E. 2.2.4 S. 158 sowie BGE 136 I 285 E. 5.3 S. 289).

Zweifellos erreicht das deliktische Verhalten der Beschwerdeführerin auch unter diesem Blickwinkel die erforderliche Schwere, welche (gar) einen Eingriff in das Privat- und Familienleben als gerechtfertigt erscheinen liesse. Im von der Beschwerdeführerin angeführten EGMR-Urteil Nr. 42034/04 vom 22. Mai 2008, Emre c. Schweiz, schliesslich ging es um eine altrechtliche Ausweisung (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a ANAG), mithin – anders als bei der vorliegenden Fernhaltemassnahme – um eine Entfernungsmassnahme. Die zugrundeliegende Konstellation erweist sich als mit der vorliegenden ohnehin nicht vergleichbar: zum einen verwies der EGMR im angeführten Urteil auf die relative Schwere der verübten Delikte (wovon vorliegend – wie dargelegt – keine Rede sein kann); zum anderen hob er – unter Betonung der zum damaligen Zeitpunkt "rein spekulativen" Möglichkeit, eine vorübergehende Aufhebung jener Massnahme zu erwirken – ihren "definitiven Charakter" hervor (vgl. Ziff. 72 ff. und 84 ff. sowie insbesondere Ziff. 86 des erwähnten Urteils). Demgegenüber ist die Vorinstanz in casu sehr wohl bereit, dem Wunsch der Beschwerdeführerin nach Kontaktpflege so weit wie möglich nachzukommen, und hat sie diese – wie bereits erwähnt – mit der Gewährung einer ersuchten Suspension bereits unter Beweis gestellt. Aus dem Verweis auf das erwähnte EGMR-Urteil vermag die Beschwerdeführerin daher im vorliegenden Zusammenhang für sich nichts abzuleiten.

7.3. Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht daher zum Schluss, dass die auf unbestimmte Dauer verhängte Fernhaltemassnahme auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine unter Berücksichtigung der gängigen Praxis in vergleichbaren Fällen verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Die fehlende Befristung bedeutet schliesslich nicht, dass die Massnahme für den Rest des Lebens Gültigkeit haben soll; ein Anspruch auf Überprüfung der Massnahme bei Wohlverhalten besteht im Allgemeinen etwa nach zehn Jahren nach Verbüssung der letzten Freiheitsstrafe (vgl. BVGE 2008/24 E. 4.3 und 6.2 je mit Hinweisen). Eine zuverlässige Prognose, wie lange ein relevantes öffentliches Sicherheitsbedürfnis anzunehmen ist, lässt sich in casu zum jetzigen Zeitpunkt nicht abgeben. Von der Beschwerdeführerin ist zu verlangen, sich vorerst weiterhin während geraumer Zeit im Ausland zu bewähren.

8.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung

Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt; sie ist auch angemessen (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin die auf Fr. 1'000.- festzusetzenden 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 [VGKE], SR 173.320.2).

Dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung ist nicht stattzugeben: Bereits zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung war angesichts der Delinquenz im Betäubungsmittelbereich sowie der Höhe der ausgefällten Strafe vor dem Hintergrund der gängigen Praxis in solchen Fällen absehbar, dass die Fernhaltemassnahme als solche sowie in Bezug auf ihre Dauer als rechtmässig, verhältnismässig und angemessen beurteilt würde. Die Beschwerdebegehren erwiesen sich damit zum Vornherein als aussichtslos (vgl. Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage Einzahlungsschein)
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. […] retour)
– das Migrationsamt des Kantons Zürich (Akten Ref-Nr. […] retour)

– das Bundesamt für Justiz, Vertretung der Schweiz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem CAT, zur Kenntnis (Ref-Nr. […])

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Ruth Beutler	Viviane Eggenberger

Versand: