Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1458/2010

Urteil vom 9. März 2012

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler,
Richter Antonio Imoberdorf,
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

Parteien

A._____ ,
vertreten durch Hansjörg Trüb,
Rechtsdienst Asylbrücke Zug,
Neugasse 6, Postfach 713, 6301 Zug,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Der aus dem Irak stammende Beschwerdeführer (geb. 1983), nach eigenen Angaben kurdischer Ethnie, wurde am 20. Oktober 2009 im Hauptbahnhof Zürich angehalten. Die Überprüfung ergab, dass er unter diversen Alias-Namen verzeichnet und im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben war, weshalb er verhaftet wurde. Im Zuge der Einvernahme vom 20. Oktober 2009 durch die Kantonspolizei Zürich gab der Beschwerdeführer an, er habe sich von 2001 bis 2006 als Flüchtling in Deutschland aufgehalten. Danach sei er wieder in den Irak zurückgekehrt. Weil er in seinem Land Probleme gehabt habe, sei er wieder ausgereist.

Gestützt auf seine Aussagen sowie aufgrund seiner ausländerrechtlichen Verfehlungen wurde ihm im Rahmen der Einvernahme die Prüfung einer Fernhaltemassnahme durch die zuständigen Behörden in Aussicht gestellt und im Sinne des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

B.
Am 21. Oktober 2009 wurde der Beschwerdeführer aus der Polizeihaft entlassen und der Empfangsstelle Kreuzlingen zugeführt, wo er tags darauf ein Asylgesuch stellte. Anlässlich seiner Befragung durch die Vorinstanz vom 4. November 2009 wurde ihm mitgeteilt, dass gestützt auf seine Aussagen Deutschland, Österreich oder Italien für das Asyl- und Wegweisungsverfahren zuständig seien, weswegen auf sein Asylgesuch nicht eingetreten werde. Hierzu wurde ihm das rechtliche Gehör gewährt. Am 17. November 2009 verfügte die Vorinstanz die Zuweisung an den Kanton Zug. Mit Schreiben vom 30. November 2009 erfolgte die Mandatsanzeige durch die Asylbrücke Zug an die Vorinstanz.

Im Dublin-Verfahren wurde die Zuständigkeit Deutschlands für die Prüfung des Asylantrags festgestellt, worauf am 23. Dezember 2009 die Rückübernahmeerklärung erfolgte. Entsprechend erliess die Vorinstanz am 19. Januar 2010 einen Nichteintretensentscheid, verfügte die Wegweisung nach Deutschland und beauftragte gleichentags die zuständige Behörde des Kantons Zug mit der Eröffnung an den Beschwerdeführer. Mit Ausschaffungsauftrag vom 29. Januar 2010 beauftragte die zuständige kantonale Behörde die Zuger Polizei mit der Ausschaffung und verfügte die Anordnung der Ausschaffungshaft gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 4 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR

142.20). Im Zuge seiner Anhaltung vom 9. Februar 2010 wurde dem Beschwerdeführer der Nichteintretensentscheid eröffnet. Dem Parteivertreter indessen wurde er am 9. Februar 2010 per Fax, am nächsten Tag per Post zugestellt. Ebenfalls erhielt der Beschwerdeführer im Rahmen des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme bezüglich der Verhängung einer Fernhaltemassnahme.

C.
Am 9. Februar 2010 wurde dem Beschwerdeführer zudem das gleichentags auf drei Jahre verfügte Einreiseverbot, gültig ab dem 10. Februar 2010, durch die zuständige kantonale Behörde ausgehändigt. Unter Verweis auf Art. 67 Abs. 1 Bst. c sowie Bst. d AuG (zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5457) begründete die Vorinstanz das Einreiseverbot wie folgt: Der Beschwerdeführer habe in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen und ausgeschafft werden müssen. Diese Verfügung wurde dem Parteivertreter indessen nicht zur Kenntnis gebracht. Hierauf wurde der Beschwerdeführer inhaftiert und am folgenden Tag nach Deutschland überstellt.

D.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 9. März 2010 an das Bundesverwaltungsgericht lässt der Beschwerdeführer die Aufhebung der angefochtenen Verfügung betreffend Einreiseverbot, eventualiter die Feststellung der Nichtigkeit beantragen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Zur Begründung macht er geltend, die fehlende Unterschrift auf der Verfügung sei ein Formfehler. Mangelhaft sei auch die Eröffnung, die lediglich gegenüber dem Beschwerdeführer, nicht aber seinem Rechtsvertreter erfolgt sei. Die eröffnende sei nicht die verfügende Behörde gewesen und die Adresse "9999 im Ausland" sei falsch. Aus der unrichtigen Eröffnung sei ihm ein Nachteil erwachsen, indem ein vorgängiges Treffen zwischen Parteivertreter und Beschwerdeführer nicht mehr möglich gewesen sei. Insgesamt führe dies zur Nichtigkeit oder zumindest Anfechtbarkeit der Verfügung. Weiter sei das rechtliche Gehör verletzt worden, indem es erst am Tag der Eröffnung des Einreiseverbots gewährt worden sei. Überdies sei die Begründung der Verfügung mit dem Argument, der Beschwerdeführer habe ausgeschafft werden müssen, unzutreffend. Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sei die Anwendung von Zwang bei Eröffnung einer Verfügung sowie bei Überstellung unzulässig, er habe keinen Anlass dazu gegeben. Nach ebendieser Praxis sei auch der sofortige Vollzug des Nichteintretensentscheides in einem Dublin-Verfahren unzulässig. Auch eine

Begründung mit Haft sei unzutreffend, da keine der aufgeführten Haftarten in Frage komme. Damit habe die Vorinstanz ihre Pflicht zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts verletzt. Mit Eingabe vom 29. März 2010 beantragt er ergänzend die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

E.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 21. April 2010 auf Abweisung der Beschwerde. Der Nichteintretensentscheid vom 19. Januar 2010 sei innerhalb der Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen nicht angefochten worden. Dadurch habe sich der Beschwerdeführer bis zu seiner Verhaftung am 9. Februar 2010 - wohl unwissentlich - illegal in der Schweiz aufgehalten. Als Konsequenz davon sei er in Ausschaffungshaft genommen worden. Ergänzend hält sie im Wesentlichen fest, gemäss ihrer Auffassung finde die Wegweisungspraxis im Dublinverfahren vorliegend keine Anwendung, da der Nichteintretensentscheid nicht angefochten worden sei. Doch könne diese Frage offen gelassen werden, weil der Beschwerdeführer durch seine Einreise in die Schweiz gegen Art. 67 Abs. 1 Bst. a der damaligen Fassung des AuG verstossen habe. Unter Hinweis auf die in der Vergangenheit erfolgten illegalen Einreisen in den Schengenraum erachtete sie die Sanktion "*im vorliegenden Fall notwendig, um zu verhindern, dass der Ausländer wiederum in die Schweiz einreist, obwohl die Einreisevoraussetzungen nicht erfüllt sind*." Damit sei die Fernhaltemassnahme, wenn auch mit einer anderen Begründung, gerechtfertigt. Im Weiteren sei die Verfügung - da keine Vollmacht vorgelegen habe - unabsichtlich nicht dem Parteivertreter eröffnet worden. Die fehlende Unterschrift auf der Verfügung sowie deren Eröffnung durch die kantonale Behörde entspreche hingegen der Praxis und sei rechtmässig.

F.
Mit Replik vom 6. Mai 2010 hielt der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde sowie der Begründung fest. Weiter führte er aus, es sei eine unhaltbare Beschuldigung, wenn sich die Vorinstanz auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a der damaligen Fassung des AuG abstütze. Zudem verwechsle sie Zweck mit Grund, wenn sie weiter behaupte, das Einreiseverbot sei notwendig, um eine erneute unzulässige Einreise zu verhindern. Der Beschwerdeführer erwäge eine Schweizerin zu heiraten, weshalb er ein Interesse an der Aufhebung habe.

G.
Mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2010 wies das Bundesverwaltungs-

gericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ab. Dazu führte es im Wesentlichen aus, nach seiner Rechtsprechung bedürften Einreiseverbote keiner Unterschrift. Aus der mangelhaften Eröffnung seien keine Rechtsnachteile entstanden, da die Beschwerdefrist eingehalten worden sei und vorliegend mit voller Kognition geurteilt werde. Damit könne der Mangel im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden. Dem Beschwerdeführer sei anlässlich der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich am 20. Oktober 2009 explizit das rechtliche Gehör in Bezug auf die Verhängung einer Fernhaltemassnahme gewährt worden, womit die erhobene Rüge haltlos sei. Bei eben dieser Einvernahme habe der Beschwerdeführer den Tatbestand der vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise ohne gültigen Ausweis eingeräumt. Am 9. Februar 2010 habe er zudem erklärt, die Schweiz nicht verlassen zu wollen. Die Vorinstanz habe daher in ihrer Vernehmlassung vom 21. April 2010 korrekterweise den Tatbestand gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a der damaligen Fassung des AuG "nachgeschoben". Der Beschwerdeführer habe diesen Erwägungen jedoch nichts Substantiiertes entgegengehalten.

H.
Mit Eingabe vom 11. Juni 2010 anerkannte der Beschwerdeführer, dass Einreiseverbote ohne Unterschrift praxisgemäss sind und ersuchte um vollständige Einsicht in die vorinstanzlichen Akten. Weiter rügte er die von der Vorinstanz in der Vernehmlassung erstmals vorgebrachte Begründung des Einreiseverbots gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a der damaligen Fassung des AuG. In Bezug auf die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege sei in der Zwischenverfügung vom 21. Mai 2010 eine mangelhafte Eröffnung der Verfügung und die Möglichkeit der Heilung im Beschwerdeverfahren festgestellt worden. Damit sei die Beschwerde nicht unbegründet und ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

I.
Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2010 des Bundesverwaltungsgerichts wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet.

J.
Am 24. September 2010 reichte der Beschwerdeführer eine ergänzende

Stellungnahme ein, worin er nach Einsicht in die ergänzenden Akten an seinen Ausführungen zur Verletzung des rechtlichen Gehörs festhielt.

K.
Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsverfahrensgesetzes 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. Anfechtungsobjekt kann vorliegend nur das gegen den Beschwerdeführer verfügte Einreiseverbot vom 9. Februar 2010 sein (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1913 ff.). Auf den Asyl- und Wegweisungsentscheid vom 19. Januar 2010 ist - soweit für das vorliegende Verfahren massgebend - einzugehen.

1.4. Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.5. 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 – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E.2).

3.
3.1. Entgegen den anfänglichen Vorbringen des Beschwerdeführers stellt die Unterschrift bei Verfügungen von Bundesrechts wegen kein Gültigkeitserfordernis dar (zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1346/2010 vom 14. Januar 2011 E. 3.2 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 97 IV 205 E. 1). Dies wurde bereits in der Zwischenverfügung vom 21. Mai 2010 festgestellt und vom Beschwerdeführer mit Eingabe vom 11. Juni 2010 anerkannt.

3.2.
3.2.1. Mit Bezugnahme auf Art. 34 VwVG rügt der Parteivertreter die mangelhafte Eröffnung der Fernhaltemassnahme infolge Nichtzustellung an ihn trotz schriftlicher Mandatsanzeige vom 30. November 2009. Mangelhaft sei die Eröffnung zudem, weil sie nicht von der verfügenden Behörde selber mitgeteilt worden sei.

3.2.2. Als Eröffnung ist die an bestimmte Formen gebundene Bekanntgabe eines behördlichen Hoheitsaktes zu verstehen (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N 1 zu Art. 34). Die Adressaten der Verfügung sollen die Möglichkeit erhalten, vom Inhalt der Verfügung Kenntnis zu erlangen (vgl. FELIX UHLMANN/ALEXANDER SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 2 zu Art. 34). Mit der ordnungsgemässen Zustellung beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen. Die Eröffnung ist grundsätzlich Voraussetzung für die Gültigkeit einer Verfügung (siehe JÜRG STADELWIESER, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 10).

3.2.3. Art. 34 Abs. 1 VwVG schreibt den in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht handelnden Behörden zur Eröffnung einer Verfügung Schriftlichkeit vor. Nach Art. 11 Abs. 3 VwVG hat die Behörde überdies ihre Mitteilungen an den mandatierten Rechtsvertreter der Partei zu richten. Erfolgt die Mitteilung direkt gegenüber der Partei und nicht an den Vertreter und ist, wie vorliegend, der Vertretungsbefugte der Behörde bekannt, so stellt dies einen Eröffnungsmangel dar (siehe VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, N 30 zu Art. 11). Trotz dieses Mangels ist die Eröffnung indessen rechtsgültig, wenn eine Irreführung oder andere Benachteiligung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 38 VwVG ausgeschlossen werden kann (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1993 Nr. 30 E.6a).

3.2.4. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung nicht rechtmässig eröffnet wurde. Die direkte Eröffnung an den rechtsvertretenen Beschwerdeführer war nicht rechtsgenüglich. Zulässig ist indessen die Delegation der Mitteilung - wie vorliegend - an eine kantonale Behörde (vgl. UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N 10 zu Art. 34). Diesbezüglich erweist sich die Rüge als unbegründet. Die mangelhafte Eröffnung hemmt den Lauf der Rechtsmittelfrist bis zur Kenntnisnahme durch den Parteivertreter. Dabei ist er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gehalten, insofern er anderweitig von der Verfügung Kenntnis erlangt, die ordentliche Eröffnung zu verlangen oder das Rechtsmittel gegen die Verfügung einzulegen (vgl. RES NYFFENEGGER, a.a.O., N 25 zu Art. 11). Der Parteivertreter hat am 9. März 2010 Beschwerde eingelegt und damit sogar die 30-tägige Frist seit – fälschlicherweise direkt - erfolgter Mitteilung an den Beschwerdeführer eingehalten. Infolge Einleitung des Rechtsmittelverfahrens ist dem Beschwerdeführer aus der mangelhaften Eröffnung grundsätzlich kein Nachteil entstanden.

3.2.5. Der Parteivertreter macht indessen unter Verweis auf Art. 38 VwVG geltend, dem Beschwerdeführer sei aus der mangelhaften Eröffnung ein weiterer Nachteil erwachsen. Aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen Festhaltung und Ausschaffung habe keine Gelegenheit mehr für ein Treffen vor der Ausreise bestanden. Gemäss Art. 38 VwVG darf dem Betroffenen aus einem Eröffnungsmangel kein Nachteil erwachsen. Dies stellt eine Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben dar (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR101); BGE 124 Ia 255 E. 1a.aa; VPB 53 (1989) Nr. 23 E. 6 [Bundesrat]), welches einen Anspruch auf Schutz das berechtigten Vertrauens schafft. Zu schützen ist jedoch nur, was als natürliche und be-

greifliche Folge der mangelhaften Eröffnung angesehen werden kann, wie eine verspätete Eingabe. Die Festhaltung und Ausschaffung des Beschwerdeführers sind Massnahmen im Rahmen des negativen Asylentscheides. Eine Fernhaltemassnahme hat indessen den Zweck, unerwünschten Ausländerinnen und Ausländern die Einreise oder Rückkehr in die Schweiz zu verwehren (vgl. Botschaft zum AuG, BBl 2002 3813). Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Nachteil ist damit keine natürliche und begreifliche Folge der mangelhaften Eröffnung des Einreiseverbots, weshalb er sich nicht darauf berufen kann. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Parteivertreter durch Eröffnung des Nichteintretensentscheides mittels Fax vom 9. Februar 2010 über die Wegweisung in Kenntnis gesetzt wurde. Damit hätte er selbst bei korrekter Eröffnung des Einreiseverbots nicht früher Kenntnis über den Wegweisungszeitpunkt erlangt.

4.

4.1. Der Parteivertreter rügt weiter die Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil dieses dem Beschwerdeführer erst am Tag der Mitteilung des Einreiseverbots gewährt worden sei.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Artikel 29 Abs. 2 BV ableiten und wie er sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2681/2010 vom 6. Mai 2011 E. 4 mit Hinweisen).

4.2. Zunächst - und für die Prozessparteien regelmässig im Vordergrund stehend - gehört dazu das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhaltes sichert. Dabei kommt der von einem Verfahren betroffenen Person der Anspruch zu, sich vorgängig einer behördlichen Anordnung zu allen wesentlichen Punkten, welche die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes betreffen, zu äussern und von der betreffenden Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten (vgl. BVGE 2007/21 E. 10.2).

4.3. Einen weiteren wichtigen Teilgehalt des Anhörungsrechts bildet die Pflicht der Behörden, die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen. Diese Prüfungs- oder

Berücksichtigungspflicht liegt bereits Art. 30 VwVG zu Grunde, kommt aber besonders deutlich in Art. 32 Abs. 1 VwVG zum Ausdruck, der bestimmt, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt, bevor sie verfügt (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 29 N 80 ff. u. Art. 32 N 7 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABEL HÄNER, Verwaltungsverfahren und verwaltungsrechtspflege des Bundes S. 119). Daraus folgt schliesslich die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid entsprechend zu begründen (vgl. BVGE 2007/21 E. 10.2 mit Hinweisen).

4.4. Der Rechtsvertreter verweist auf die Eröffnung des Nichteintretensentscheides am 9. Februar 2010 durch das kantonale Migrationsamt sowie die in diesem Zusammenhang gewährte Möglichkeit der Stellungnahme zur Verhängung einer Fernhaltemassnahme. Da das Einreiseverbot am selben Tag eröffnet worden sei, hätten die Äusserungen des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz nicht tatsächlich zur Kenntnis genommen werden können, womit auch eine sachgerechte Auseinandersetzung nicht möglich gewesen sei. Die Stellungnahme vom 9. Februar 2010 ging erst am 17. Februar 2010 bei der Vorinstanz ein. Die Kenntnisnahme erfolgte somit erst acht Tage nach Erlass der Fernhaltemassnahme. Bei dieser Sachlage wäre tatsächlich von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen, da die fragliche Verfügung bei Kenntnisnahme der Stellungnahme bereits erlassen war.

4.5. Zu berücksichtigen sind vorliegend jedoch ebenfalls die Aussagen des Beschwerdeführers anlässlich seiner Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich vom 20. Oktober 2009. Dabei wurde er im Rahmen der Darlegung seiner fremdenpolizeilichen Verfehlungen auf die Prüfung der Voraussetzungen einer Fernhaltemassnahme aufmerksam gemacht. Diesbezüglich erhielt er explizit die Gelegenheit zur Stellungnahme im Sinne des rechtlichen Gehörs (vgl. S. 5 der Einvernahme Widerhandlung AuG vom 20. Oktober 2009). In der Annahme, die Vorinstanz habe pflichtgemäss sämtliche Akten beigezogen, gilt die Gewährung des rechtlichen Gehörs am 20. Oktober 2009 als rechtzeitig erfolgt.

5.

5.1. Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre des Art. 13 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121). Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung von Art. 67 AuG in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein

Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 nun gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert Frist nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann nach Art. 67 Abs. 2 AuG sodann gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz bei der Ansetzung von Fernhaltemassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 3 in fine AuG). Da die bisherigen Art. 67 Abs. 1 Bst. a und d AuG mit den neuen Art. 67 Abs. 2 Bst. a und c AuG weitgehend identisch sind und vorliegend kein Einreiseverbot mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren zur Diskussion steht, ändert sich für den Beschwerdeführer im Ergebnis ohnehin nichts.

5.2. 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; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch Art. 80 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] sowie RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 13 mit Hinweisen). Somit kann eine Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen als Teil der objektiven Rechtsordnung ein Einreiseverbot nach sich ziehen, jedoch nicht

als Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern als Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. BBl 2002 3813).

5.3. In Bezug auf die Verfehlungen, die dem Beschwerdeführer ausländerrechtlich vorgeworfen werden, gilt zudem allgemein, dass für die Verhängung eines Einreiseverbots kein vorsätzlicher Verstoss gegen gesetzliche Bestimmungen erforderlich ist. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltemassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei den zuständigen Stellen zu informieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4639/2010 vom 15. Februar 2011 E. 5.3 mit Hinweis).

6.

6.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Begründung des Einreiseverbots mit Art. 67 Abs. 1 Bst. c und d der damaligen Fassung des AuG sei unzutreffend. In einem Dublin-Verfahren sei nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der sofortige Vollzug des Nichteintretensentscheids nicht zulässig. Damit hätte die Ausschaffung erst nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen dürfen, weshalb die Grundlage für eine Ausschaffung nach Art. 69 Abs. 1 Bst. b AuG fehle. Dies habe zur Folge, dass die Begründung "der Ausländer habe ausgeschafft werden müssen" nicht zutreffe. Gestützt auf dieses Ergebnis liege auch keine der im Gesetz aufgezählten Haftarten vor. Die Begründung des Einreiseverbots mit Haft sei daher unzutreffend, weshalb die Vorinstanz ihre Pflicht zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes verletzt habe.

6.2. Die Rüge der Verletzung der Vollzugsregelung im Dublin-Verfahren bezieht sich, wie die Vorinstanz korrekterweise festgestellt hat, auf den Nichteintretens- und Wegweisungsentscheid vom 19. Januar 2010 (bzw. 9. Februar 2010) und hätte grundsätzlich in diesem Zusammenhang erhoben werden müssen. Im vorliegenden Verfahren erlangt sie indessen insofern Bedeutung, als die Verfügung vom 9. Februar 2010 damit begründet wurde. Gemäss Ausschaffungsauftrag vom 29. Januar 2010 wurde der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 4 AuG in Ausschaffungshaft versetzt, was grundsätzlich dem Erlass einer Fernhal-

temassnahme rechtfertigt. Weiter hat die Vorinstanz im Zuge des Rechtsmittelverfahrens auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a der damaligen Fassung des AuG verwiesen. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen (Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen).

7.

Für den Erlass eines Einreiseverbots gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bedarf es keiner erheblichen oder wiederholt schwerwiegenden Verletzung. Vielmehr ist massgebend, "*ob das Verhalten in der Vergangenheit auf eine Persönlichkeit schliessen lässt, die keine hinreichende Gewähr für künftiges Wohlverhalten bietet*" (vgl. ANDREA BINDER OSER, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG] Art. 67 N 6). Es kann auch eine nicht weiter qualifizierte Verletzung bei entsprechend ungünstiger Prognose genügen. Der Beschwerdeführer ist im Oktober 2009 illegal in der Schweiz eingereist. Seine unrechtmässige Anwesenheit wurde anlässlich der Anhaltung durch die Polizei festgestellt. Bezüglich seiner Identität täuschte er die Behörden, indem er zunächst einen falschen Namen angab. Erst anlässlich der polizeilichen Einvernahme von 21. Oktober 2009 gab er - und das erst auf explizite Nachfrage unter Hinweis auf die verschiedenen Alias-Namen – seinen richtigen Namen preis. Mit diesem Verhalten hat der Beschwerdeführer bewusst gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Dass dies nicht als einmalige Verfehlung abgetan werden kann, belegt seine Vorgeschichte. So ist er bereits im Jahre 2001 illegal in Deutschland eingereist, wo er in der Folge als Flüchtling aufgenommen wurde. Trotz dieser Berechtigung zum Aufenthalt organisierte sich der schon damals unter diversen Alias-Namen verzeichnete Beschwerdeführer im Jahre 2006 selbständig einen irakischen Pass und verliess das Land, ohne dies den zuständigen Behörden zu melden. Dieses Verhalten veranlasste die deutschen Behörden, seine Ausweisung sowie einen Eintrag im SIS zu verfügen. Damit sowie durch seine erneute illegale Einreise im Jahre 2009 nach Deutschland und schliesslich in die Schweiz, insbesondere aber auch durch seine Täuschungsmanöver gegenüber den Behörden mittels Angabe diverser falscher Identitäten, macht er insgesamt deutlich, dass sein beinahe als notorisch zu bezeichnendes Handeln ohne Rücksicht auf die rechtliche Ordnung erfolgt. Es bestehen daher berechtigterweise grosse Zweifel an einem künftigen Wohlverhalten. Somit ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer nicht unerheblich gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und damit einen Fernhaltegrund nach Art. 67 Abs. 1 Bst. a der damaligen Fassung des AuG bzw. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gesetzt hat. Die Verhängung des Ein-

reiseverbots erweist sich damit in grundsätzlicher Hinsicht als gerechtfertigt.

8.

8.1. 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 HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 613 ff.).

8.2. Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet die Missachtung ausländerrechtlicher Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt. So besteht vorliegend insbesondere keine Gewähr für ein künftiges Wohlverhalten. Die diversen falschen Identitäten, die illegale Einreise und der illegale Aufenthalt bestätigen eine eindeutige Indifferenz bezüglich der geltenden gesetzlichen Ordnung. Spezifische persönliche Interessen macht der Beschwerdeführer insofern geltend, als er vorbringt, er erwäge seine in der Schweiz wohnhafte Verwandte mit Schweizer Bürgerrecht zu heiraten, wobei er es jedoch unterlässt, konkrete Angaben dazu zu machen.

8.3. Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt zum Ergebnis, 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. Es liegen keine besonderen Gründe vor, die es rechtfertigen würden, in casu von der bisherigen Praxis abzuweichen. Das Einreiseverbot ist daher zu bestätigen.

9.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

10.

Bei diesem Verfahrensausgang würde der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 Satz 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]). Da ihm mit Zwischenverfügung vom 2. Juli 2010 die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, ist er jedoch von der Bezahlung von Verfahrenskosten zu befreien (vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG).

Dispositiv Seite 16

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] sowie N [...] retour)
– das Migrationsamt des Kantons Zug

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Marianne Teuscher	Giulia Santangelo

Versand: