



Abteilung VI
F-1367/2020

Urteil vom 10. Juni 2020

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiber Mathias Lanz.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Dr. Claudio Nosetti, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.

Der Beschwerdeführer ist 1990 geboren und Staatsangehöriger Sri Lankas. Im Dezember 2006 reiste er in die Schweiz ein. Sein Asylgesuch wies das damalige Bundesamt für Migration BFM am 11. Januar 2010 ab (Akten der Migrationsbehörde des Kantons Nidwalden [NW-act.] 5/278 ff.). Am 3. April 2012 hob das BFM die in der Schweiz zwischenzeitlich verfügte vorläufige Aufnahme auf. Dies wurde auf Beschwerde hin bestätigt durch das Urteil des BVGer D-2428/2012 vom 19. Oktober 2012 (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 93 ff.; NW-act. 5/121 ff.). Daraufhin begab sich der Beschwerdeführer im November 2012 nach Frankreich und stellte dort am 8. Januar 2013 ein Asylgesuch. Später erhielt er in Frankreich eine Aufenthaltsbewilligung (NW-act. 16/445 und 29/475).

B.

Am 12. November 2013 sprach das Kantonsgericht Nidwalden den Beschwerdeführer der versuchten eventualvorsätzlichen schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie des mehrfachen Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB – begangen am 18. Januar 2010, am 11. Februar 2010 sowie am 11. April 2011 – schuldig (NW-act. 2/2 ff.). Auf Berufung hin reduzierte die Strafabteilung des Obergerichts des Kantons Nidwalden in einem Entscheid vom 13. Dezember 2018 die zuvor ausgesprochene Freiheitsstrafe auf 27 Monate, wobei sie den Vollzug im Umfang von 21 Monaten aufschob und die Probezeit auf fünf Jahre festsetzte (NW-act. 7/400 ff.).

C.

Am 21. Januar 2017 verheiratete sich der Beschwerdeführer mit einer Schweizer Staatsangehörigen (NW-act. 3) und am 20. März 2017 ersuchte er im Rahmen eines Familiennachzugsverfahrens um Aufenthalt und Verbleib bei seiner im Kanton (...) lebenden Ehefrau (SEM-act. 1 ff.). Das Familiennachzugsgesuch ist derzeit noch pendent.

D.

Aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung stellte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Verhängung eines Einreiseverbots in Aussicht und gewährte ihm am 3. Mai 2019 rechtliches Gehör dazu (SEM-act. 34). Den Erhalt des entsprechenden Schreibens an seine Wohnadresse in Frankreich bestätigte der Beschwerdeführer am 23. Mai 2019 unterschriftlich (SEM-act. 36). Innert der ihm gewährten zehntägigen Frist erhob er keinerlei Einwände gegen ein solches Einreiseverbot.

E.

Mit Verfügung vom 13. Juni 2019 sprach die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer ein fünfjähriges Einreiseverbot aus. Gleichzeitig ordnete sie dessen Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) an und entzog einer allfälligen Beschwerde dagegen die aufschiebende Wirkung (SEM-act. 37 ff.). Die Verfügung versuchte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit eingeschriebener Post über die Schweizer Botschaft in Paris wiederum an seine Wohnadresse in Frankreich zuzustellen. Die ihm zur Abholung gemeldete Sendung nahm der Beschwerdeführer jedoch nicht in Empfang, weshalb die französische Post diese der Schweizer Botschaft am 5. August 2019 mit dem Vermerk "Pli avisé et non réclamé" retournierte (SEM-act. 48 ff.).

F.

Im Rahmen eines mit den französischen Behörden durchgeführten Konsultationsverfahrens teilten diese den schweizerischen Behörden mit, dass die Aufenthaltsbewilligung in Frankreich aufrechterhalten werde. Daraufhin veranlasste die Vorinstanz formlos die Löschung der Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS II per 5. Juli 2019. Die in diesem Sinne angepasste Verfügung vom 13. Juni 2019 blieb intern und wurde dem Beschwerdeführer nie zugestellt (SEM-act. 42 ff.).

G.

Am 30. September 2019 entzogen die französischen Behörden dem Beschwerdeführer die bis 4. Oktober 2019 gültige Aufenthaltsbewilligung für Frankreich (NW-act. 16/445).

H.

Nachdem der Beschwerdeführer offenbar im Oktober 2019 mit einem entsprechenden Wunsch an die kantonale Migrationsbehörde und das kantonale Amt für Justiz gelangt war, suspendierte die Vorinstanz das Einreiseverbot mit Verfügung vom 11. Dezember 2019 für den 13. Januar 2020 und erteilte das notwendige Einreisevisum. In der Folge reiste der Beschwerdeführer in die Schweiz ein und trat auf diesen Zeitpunkt hin den Vollzug des unbedingt ausgesprochenen Teils der Freiheitsstrafe von rund sechs Monaten im Untersuchungs- und Strafgefängnis Nidwalden an (siehe oben Bst. B; SEM-act. 81 ff.; NW-act. 25/470).

I.

Am 12. Februar 2020 gewährte die Migrationsbehörde des Kantons Nidwalden dem Beschwerdeführer im Gefängnis rechtliches Gehör zur geplanten Wegweisung nach Haftentlassung sowie zur allfälligen Ausschreibung des bestehenden Einreiseverbotes im SIS II zur Einreiseverweigerung im gesamten Schengen-Raum (NW-act. 32/478 ff.). Im Anschluss daran verfügte sie gleichentags die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz (NW-act. 33/482 ff.).

J.

Per 13. Februar 2020 nahm die Vorinstanz die Wiederausschreibung des Einreiseverbots im SIS II vor.

K.

Gegen die Wegweisung gelangte der Beschwerdeführer mit einer Eingabe vom 17. Februar 2020 an den Regierungsrat des Kantons Nidwalden (NW-act. 35/489). Darin erwähnte er unter anderem das gegen ihn bestehende Einreiseverbot und führte aus, nach dessen Ablauf in der Schweiz zusammen mit seiner Ehefrau eine neue Existenz aufbauen zu wollen (NW-act. 35/492).

L.

Gegen das Einreiseverbot vom 13. Juni 2019 richtete der Beschwerdeführer am 6. März 2020 eine Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte darin, dieses mitsamt der Ausschreibung im SIS II aufzuheben; eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II zu löschen; subeventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteidigung durch den mandatierten Rechtsvertreter (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot im Sinne von Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 112 Abs. 1 AIG).

2.

Zu prüfen ist vorab, ob die Beschwerde vom 6. März 2020 fristgerecht eingereicht wurde und ob darauf vollumfänglich eingetreten werden kann.

2.1. Gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Die Frist beginnt an dem auf ihre Mitteilung folgenden Tage zu laufen (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Eine Verfügung gilt als mitgeteilt und eröffnet, wenn sie in den Machtbereich der betreffenden Person gelangt, so dass diese sie zur Kenntnis nehmen kann. Nicht erforderlich ist die tatsächliche Empfangs- oder Kenntnisnahme (BGE 142 III 599 E. 2.4.1; 122 I 139 E. 1).

2.2. Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt. Diese Zustellfiktion gemäss Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG setzt somit einen erfolglosen Zustellversuch voraus und es muss eine Abholeinladung in den Briefkasten oder das Postfach gelegt worden sein. Zudem musste der Empfänger mit der Mitteilung der Behörde nach Treu und Glauben rechnen. Dies ist der Fall, wenn der betroffenen Person die Einleitung eines Verfahrens rechtsgenüglich mitgeteilt wurde (BGE 141 II 429 E. 3.1; 134 V 49 E. 4; 127 I 31 E. 2a; URS PETER CAVELTI, in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: VwVG-Kommentar], Art. 20 N. 33 ff.).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, das Einreiseverbot sei ihm am 12. Februar 2020 «im Rahmen einer Verfügung des Amts für Justiz Nidwalden, Migration», im Gefängnis erstmals eröffnet worden. Eine Zustellung durch die Schweizer Botschaft in Paris sei nie erfolgt. Eine solche wäre – weil nicht auf dem Rechtshilfeweg erfolgt – auch nicht völkerrechtskonform gewesen. Im Schreiben der Schweizer Botschaft in Paris an die Vorinstanz vom 14. August 2019 habe die Botschaft bestätigt, dass eine Zustellung des Einreiseverbotes an ihn nicht habe erfolgen können. Mit der Zustellung des Einreiseverbotes vom 13. Juni 2019 habe er nicht rechnen müssen. Mit Übergabe am 6. März 2020 an die schweizerische Post erfolge die Beschwerde daher fristgerecht.

3.2. Damit bestreitet der Beschwerdeführer die Voraussetzungen der Zustellfiktion (siehe oben E. 2.2) und mithin den Beginn der Beschwerdefrist

am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch durch die Schweizer Botschaft.

3.2.1. Die schriftliche Aufforderung zur Stellungnahme zum beabsichtigten Einreiseverbot ging dem Beschwerdeführer am 23. Mai 2019 zu, was er unterschriftlich bestätigte (siehe oben Bst. D). Von diesem Zeitpunkt an musste er nach Treu und Glauben mit der Ausfällung und Zustellung eines Einreiseverbotes ihm gegenüber rechnen. Das verfahrenseinleitende Schriftstück ging dem Beschwerdeführer also zu. Fraglich ist demgegenüber, ob mit Blick auf die völkerrechtlichen Anforderungen an eine Zustellung im Ausland seitens der Vorinstanz ein rechtsgültiger und die Beschwerdefrist auslösender Zustellversuch unternommen wurde.

3.2.2. Die Zustellung amtlicher Verfügungen im Ausland hat grundsätzlich auf diplomatischem oder konsularischem Weg zu erfolgen (BGE 143 III 28 E. 2.2.1; 124 V 47 E. 3a; Urteile des BGer 2C_160/2019 vom 5. November 2019 E. 3.1; 2C_478/2017 vom 9. April 2018 E. 4.1; Urteil des BVGer C-4038/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 2.9; VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 11b N. 6). Die direkte Zustellung im Ausland, sei es postalisch oder durch Inanspruchnahme der schweizerischen Vertretung, ist lediglich zulässig, wenn der fremde Staat dieser Art von Zustellung zustimmt oder wenn diese staatsvertraglich vorgesehen ist (BGE 124 V 47 E. 3a; Urteile des BGer 2C_478/2017 E. 4.1; 2C_408/2016 und 2C_409/2016 vom 19. Juni 2017 E. 2.2; RES NYFFENEGGER, VwVG-Kommentar, Art. 11b N. 4).

3.2.3. Das Einreiseverbot vom 13. Juni 2019 sollte dem Beschwerdeführer nach Absicht der Vorinstanz mittels eingeschriebener Postsendung über die Schweizer Botschaft in Paris zugestellt werden. Eine rechtskonforme Zustellung auf diplomatischem oder konsularischem Weg hätte damit selbst im Falle eines Empfangs der Sendung durch den Beschwerdeführer nicht stattgefunden (vgl. Urteile des BGer 2C_160/2019 E. 3.4; 2C_478/2017 E. 4.1; 2C_827/2015 und 2C_828/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.2; KASPAR PLÜSS, Zustellung verwaltungsrechtlicher Verfügungen ins Ausland, Aktuelle Rechtslage und künftige Entwicklungen, in ZBI 9/2018 S. 457 f. m.w.H.). Das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland vom 24. November 1977 (SR 0.172.030.5; nachfolgend: Zustellungsübereinkommen) erlaubt im Verhältnis zu Frankreich zwar mittlerweile direkte Postzustellungen auf französischem Staatsgebiet (Art. 11 Abs. 1 Zustellungsübereinkommen).

Im Zeitpunkt des erfolglosen Zustellungsversuchs am 24. Juni 2019 hatte die Schweiz das Zustellungsübereinkommen zwar ratifiziert, in Kraft trat es indes erst per 1. Oktober 2019 (AS 2019 2931). Ob ein anderer Staatsvertrag die postalische Zustellung eines Einreiseverbots über die Schweizer Botschaft an einen Empfänger in Frankreich damals erlaubt hat, kann vorliegend letztlich jedoch genauso dahingestellt bleiben, wie die Frage, ob Frankreich solche Zustellungen (stillschweigend) duldet (siehe dazu aber unten E. 4.2).

3.2.4. Wie sogleich zu zeigen sein wird, wiegen nämlich der Verstoss gegen Treu und Glauben sowie die Verletzung der prozessualen Sorgfaltspflichten durch den Beschwerdeführer vorliegend derart schwer, dass die Beschwerde vom 6. März 2020 das Einreiseverbot vom 13. Juni 2019 betreffend selbst dann als verspätet zu gelten hat, wenn dieses mangelhaft eröffnet wurde. Dementsprechend spielt es keine Rolle, ob das Institut der Zustellfiktion zur Anwendung gelangt und insbesondere, ob dem Beschwerdeführer die Postsendung vom 24. Juni 2019 tatsächlich zur Abholung gemeldet und ob mit dem Zustellversuch der Fristenlauf ausgelöst wurde.

4.

Nachfolgend ist daher zu bestimmen, ob dem Beschwerdeführer der Rechtsschutz gegen das angefochtene Einreiseverbot auch dann zu versagen ist, wenn dessen Zustellung tatsächlich mangelhaft, beziehungsweise nicht erfolgt sein sollte.

4.1.

4.1.1. Eine mangelhafte Eröffnung zieht grundsätzlich die Anfechtbarkeit der Verfügung nach sich. Nichtigkeit hingegen wird nur in Ausnahmefällen angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 145 III 436 E. 4; 139 II 243 E. 11.2; 122 I 97 E. 3a/aa). Von der mangelhaften Eröffnung zu unterscheiden ist das gänzliche Fehlen der Eröffnung eines Entscheids. Rechtliche Existenz erlangt ein Urteil erst mit der Mitteilung an die Parteien (BGE 142 II 411 E. 4.2; 122 I 97 E. 3a/bb; Urteile des BGer 2C_160/2019 E. 4.1; 2C_408/2016 und 2C_409/2016 E. 2.1).

4.1.2. Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien grundsätzlich kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Welche Rechtsfolgen aus einem Eröffnungsmangel resultieren, bestimmt sich jedoch aufgrund einer einzelfallgerechten Abwägung zwischen den Interessen der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person. Richtschnur bei dieser Abwägung ist der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Auch im Falle einer Auslandszustellung ist die Berufung auf Eröffnungsmängel nach Treu und Glauben zu beurteilen (BGE 122 I 97 E. 3a/aa; 102 Ib 91 E. 3; Urteile des BGer 2C_160/2019 E. 4.1; 2C_827/2015 und 2C_828/2015 E. 3.4; RENÉ RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 N. 1245; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 641; LORENZ KNEUBÜHLER/RAMONA PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 38 N. 8, N. 12 und N. 16; PLÜSS, S. 464).

4.1.3. Hat die betroffene Person von einer Entscheidung mangels Eröffnung keinerlei Kenntnis, handelt es sich zwar um einen schwer wiegenden Verstoß gegen grundlegende Verfahrensrechte (BGE 129 I 361 E. 2.1). Dem Rechtsschutzinteresse ist jedoch auch dann Genüge getan, wenn die objektiv mangelhafte Eröffnung trotz dem Mangel ihren Zweck erreicht hat (BGE 122 I 97 E. 3a/aa; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, § 19 Rz. 641). Die betroffene Person darf deshalb nicht einfach zuwarten, wenn sie Anlass zur Annahme hat, eine Behörde könnte ihr gegenüber einen Eröffnungsfehler begangen haben (Urteil des BGer 2C_160/2019 E. 4.1; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 38 N. 8). Vielmehr muss sie sich aus Gründen der Rechtssicherheit und nach dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben innert nützlicher Frist nach dem Dispositiv und der Begründung erkundigen, wenn Anzeichen für einen Entscheid vorliegen, und rechtzeitig reagieren (BGE 134 V 306 E. 4.2; 129 II 193 E. 1). Unterlässt sie dies, beginnt für sie die Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Entscheids ab dem Tag zu laufen, an dem sie bei der Vornahme der zumutbaren Schritte vom Entscheid und seiner Begründung hätte Kenntnis nehmen können (BGE 139 IV 228 E. 1.3; 102 Ib 91 E. 3; Urteil des BGer 1C_256/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.1).

4.2. Der von der Vorinstanz über die Schweizer Botschaft in Paris unternommene Versuch einer Zustellung des Einreiseverbots wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Die Verfügung vom 13. Juni 2019 hat somit grundsätzlich rechtliche Existenz erlangt. Was die völkerrechtliche Zulässigkeit des Zustellversuchs anbetrifft, so ist immerhin festzuhalten, dass sich zwischen der Schweiz und Frankreich bereits vor dem Inkrafttreten

des Zustellungsübereinkommens am 1. Oktober 2019 in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten seit längerem die Tendenz abzeichnete, direkte postalische Zustellungen gegenseitig zu akzeptieren (Urteil des BGer 2C_160/2019 E. 4.1). Die Schweiz ratifizierte das Zustellungsübereinkommen am 4. Juni 2019. Bereits mit offiziellem Schreiben vom 11. Dezember 2008 an die Schweizer Botschaft gestand das französische Aussenministerium den schweizerischen Verwaltungsgerichten ("tribunaux administratifs suisses") explizit zu, ihre Zustellungen in Frankreich aus prozessökonomischen Gründen rechtsgültig direkt per Post vorzunehmen. Weshalb diese Zusicherung nicht auch für Zustellungen durch Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Der fragliche Versuch der Zustellung des Einreiseverbotes an den Beschwerdeführer über die schweizerische Botschaft in Paris stellt daher – wenn überhaupt – keinen schwerwiegenden Eingriff in die staatliche Souveränität Frankreichs dar (Urteil des BGer 2C_160/2019 E. 4.1; PLÜSS, S. 463 ff.). Dies gilt umso mehr, als im Schengen-System der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten gilt und ein Schengen-Staat auch Sachwalter der Interessen der übrigen Staaten ist (BVGE 2011/46 E. 6.1). Es kann daher nicht gesagt werden, das angefochtene Einreiseverbot sei absolut unwirksam, sodass dem Beschwerdeführer ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nicht entgegengehalten werden könnte. Somit ist zu prüfen, ob treuwidriges Verhalten des Beschwerdeführers der materiellen Anhandnahme der Beschwerde entgegensteht.

4.3.

4.3.1. Nachweislich ging dem Beschwerdeführer die Aufforderung zur Stellungnahme betreffend Erlass eines Einreiseverbotes am 23. Mai 2019 zu. Somit musste er von diesem Zeitpunkt an mit Erlass und Zustellung einer Fernhaltemassnahme rechnen (SEM-act. 34 ff.). Entsprechend wäre er gehalten gewesen, seinen prozessualen Sorgfaltspflichten nachzukommen und dafür zu sorgen, dass ihm ein allfälliges Einreiseverbot auch tatsächlich zugehen kann (BGE 141 II 429 E. 3.1; 115 Ia 12 E. 3a).

4.3.2. Darüber hinaus erhielt der Beschwerdeführer vom Bestand eines Einreiseverbots mehrmals Kenntnis. So versuchte beispielsweise die Schweizer Botschaft in Paris mit Schreiben vom 24. Juni 2019 das Einreiseverbot an die – stets unveränderte – Wohnadresse des Beschwerdeführers zuzustellen. Über die Briefsendung wurde der Beschwerdeführer von der französischen Post informiert, ohne dass er die angefochtene Verfügung entgegengenommen hätte (SEM-act. 48 ff.). Vom Beschwerdeführer wird dies nicht bestritten.

Dem Entscheid der französischen Behörden vom 30. September 2019 betreffend Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung in Frankreich konnte der Beschwerdeführer dann entnehmen, dass die schweizerischen Behörden gegen ihn am 13. Juni 2019 ein Einreiseverbot mit Wirkung für den gesamten Schengen-Raum erlassen hatten. Zum beabsichtigten Widerruf der Aufenthaltsbewilligung gewährten ihm die französischen Behörden mit Schreiben vom 18. Juli 2019, zugestellt am 8. August 2019, das rechtliche Gehör. Gemäss Entscheid vom 30. September 2019 erhob der Beschwerdeführer gegen den geplanten Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung keinerlei Einwände (SEM-act. 108).

Sodann wiesen die Strafvollzugsbehörden des Kantons Nidwalden den Beschwerdeführer in der Vorladung zum Strafvollzug vom 30. Oktober 2019 explizit darauf hin, dass sobald er den Erhalt dieser Vorladung bestätigt habe, bei der Vorinstanz um Sistierung des Einreiseverbots für den Tag der Einreise in die Schweiz ersucht werde. Für die Einreise werde ein Visum benötigt, das er frühzeitig bei der Schweizer Botschaft in Paris zu beantragen habe (SEM-act. 88 f.). Gestützt darauf verfasste der Beschwerdeführer ein Schreiben zuhanden der nidwaldner Strafvollzugsbehörden, wonach er die restliche Freiheitsstrafe (vgl. oben Bst. B) antreten werde (SEM-act. 90) und beantragte am 10. Dezember 2019 die Ausstellung eines Visums zur Verbüssung der Freiheitsstrafe in der Schweiz (SEM-act. 93 ff.). Ebenfalls am 10. Dezember 2019 hielt die Schweizer Botschaft in Paris in einem E-Mail an die Behörden in Nidwalden fest, sie habe dem Beschwerdeführer angezeigt, dass er die Vorinstanz zu kontaktieren habe, um das Einreiseverbot suspendieren zu können (SEM-act. 98).

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2019 suspendierte die Vorinstanz schliesslich das Einreiseverbot für den Tag der Einreise in die Schweiz am 13. Januar 2020 (SEM-act. 82 f.). Den Erhalt der Suspensionsverfügung der Vorinstanz vom 11. Dezember 2019 bestätigte der Beschwerdeführer am 14. Dezember 2019 per Rückschein schriftlich (SEM-act. 103 ff.). Bereits vorab ging dem Beschwerdeführer am 11. Dezember 2019 die Suspensionsverfügung per E-Mail zu (NW-act. 455).

4.3.3. Die Ausfällung eines Einreiseverbots wurde dem Beschwerdeführer schon mit Schreiben vom 3. Mai 2019, zugestellt am 23. Mai 2019, in Aussicht gestellt. Spätestens mit der Zustellung der Suspensionsverfügung am 11. Dezember 2019, beziehungsweise am 14. Dezember 2019, wusste der Beschwerdeführer sicher um das ihm gegenüber verhängte Einreisever-

bot. Zudem muss davon ausgegangen werden, dass er zu diesem Zeitpunkt relativ detaillierte Kenntnis vom Verfügungsinhalt hatte. Nach Treu und Glauben wäre er daher gehalten gewesen, sich bei den schweizerischen Behörden nach dem Dispositiv und der Begründung des Einreiseverbots zu erkundigen (siehe oben E. 4.1.3).

Mit der sicheren Kenntnis des Beschwerdeführers vom Bestand sowie von der Tragweite des Einreiseverbots erreichte die allenfalls mangelhafte Eröffnung ihm gegenüber dennoch ihren Zweck. Der Beschwerdeführer unterliess es jedoch während mehrerer Monate, sich bei der Vorinstanz nach dem Dispositiv und der Begründung des Einreiseverbots zu erkundigen. Er hätte ohne Weiteres die Möglichkeit gehabt, seinen Anfechtungswillen zumindest kund zu tun oder rechtliche Schritte gegen das Einreiseverbot zu ergreifen. Dennoch gelangte er erst mit Eingabe vom 6. März 2020 an das Bundesverwaltungsgericht. Eine mangelhafte oder gar fehlende Zustellung monierte er bis zur Anhebung der Beschwerde nie. Soweit ersichtlich erhob er auch gegen die Beendigung seines Aufenthaltsrechts in Frankreich keinerlei Einwände. Sämtliche aktenkundigen Zustellungen an seine Wohnadresse in Frankreich nahm er entgegen, nicht aber die Einreiseverbotsverfügung. Die prozessualen Versäumnisse und Sorgfaltspflichtverletzungen des Beschwerdeführers wiegen daher schwer. Es kommt hinzu, dass dem Interesse am unveränderten Bestehen des Einreiseverbotes nach Verstreichen mehrerer Monate hohes Gewicht beizumessen ist. Bei dieser Ausgangslage soll sich der Beschwerdeführer nicht mehr auf den Grundsatz von Art. 38 VwVG berufen können.

4.4. Das Interesse des Beschwerdeführers am Rechtsschutz gegen das Einreiseverbot vom 13. Juni 2019 hat vorliegend auch deshalb hinter das Interesse am unveränderten Bestand der Fernhaltemassnahme zurückzutreten, weil sich der Beschwerdeführer dieser bereits seit Längerem widerspruchslos unterzogen hat. Im Zusammenhang mit dem Antritt der ausstehenden Strafe in der Schweiz erwirkte er am 11. Dezember 2019 die Suspension des Einreiseverbots für einen Tag. Es kann nicht angehen, die Wirkungen einer Administrativmassnahme zu seinen Gunsten aussetzen zu lassen, ohne deren Bestand auch nur annähernd in Frage zu stellen, um Monate später zu rügen, diese sei ihm nie zugestellt worden und sei unrechtmässig. Der Beschwerdeführer stand in direktem mündlichen und schriftlichen Kontakt mit den Behörden in der Schweiz und liess diese zu keinem Zeitpunkt wissen, er sei mit dem Einreiseverbot nicht einverstanden. Solches Verhalten ist offensichtlich widersprüchlich und verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Es verdient vorliegend

unabhängig von der Schwere des Eröffnungsmangels keinerlei Rechtsschutz (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3; 137 V 394 E. 7.1; 105 Ia 307 E. 4; Urteil 2C_408/2016 und 2C_409/2016 E. 3.2; BENJAMIN SCHINDLER, in Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 55 f.; YVES DONZALLAZ, La notification en droit interne suisse, 2002, Rz. 1209 f.).

4.5. Nicht anders verhält es sich bezüglich der Rüge der Verletzung des Rechts auf vorgängige Äusserung zum Einreiseverbot. Im Wissen um das Bestehen eines Einreiseverbots unternahm der Beschwerdeführer keine Anstalten, um dieses in Frage zu stellen oder sich zur Massnahme äussern zu wollen. Vielmehr liess er das Einreiseverbot im Dezember 2019 sistieren, um zwecks Verbüssung einer Freiheitsstrafe in die Schweiz einreisen zu können. Rügt der Beschwerdeführer somit erst mit Beschwerde vom 6. März 2020 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, ist diese Rüge als verspätet zu betrachten, soweit sie überhaupt stichhaltig ist (BGE 143 V 66 E. 4.3; 138 I 97 E. 4.1.5; 122 I 97 E. 3a/aa; 119 Ia 221 E. 5a; Urteile des BVGer F-2369/2018 vom 31. Januar 2020 E. 3.3; F-458/2019 vom 28. November 2019 E. 4.2.1).

5.

Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass die Beschwerde vom 6. März 2020 in Würdigung aller Umstände keinen Rechtsschutz verdient und als verspätet zu betrachten ist, zumindest was das Einreiseverbot als solches anbetrifft. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Zu prüfen bleibt, wie es sich mit der (Wieder-) Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II verhält.

5.1. Nach Ausfällung des Einreiseverbots vom 13. Juni 2019 hielt Frankreich im Rahmen des durchgeführten Konsultationsverfahrens vorerst an der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers fest. Gemäss Art. 25 Abs. 2 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 239/19 vom 22.09.2000; in der Fassung Verordnung [EU] Nr. 265/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.03.2010 [ABl. L 85/1 vom 31.03.2010]) hatten die Schweizer Behörden die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II daher zu löschen. Dies erfolgte am 5. Juli 2019. Am 13. Februar 2020 nahm die Vorinstanz nun eine Wiederausschreibung des Einreiseverbots vor. Mittlerweile war dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung in Frankreich entzogen und

ihm durch die kantonalen Behörden am 12. Februar 2020 das rechtliche Gehör zur Wiederausdehnung der Wirkungen des Einreiseverbots auf den gesamten Schengen-Raum gewährt worden (SEM-act. 46 f. und act. 109 ff.).

5.2. Es stellt sich die Frage, ob die formlose Wiederausschreibung im SIS II am 13. Februar 2020 ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellt.

5.2.1. Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Als Verfügung gilt dabei eine Anordnung, welche die Begründung oder Änderung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG; zur Abgrenzung der Verfügung vom Realakt vgl. BGE 146 V 38 E. 4.2 f.; 144 II 233 E. 7.3; 140 II 315 E. 4).

5.2.2. Die Ausschreibung im SIS II war bereits Teil des am 13. Juni 2019 verfügten und wie erwähnt rechtsbeständigen Einreiseverbots. Es ist deshalb fraglich, ob die Wiedereintragung des Einreiseverbots im SIS II per 13. Februar 2020 im vorliegenden Fall neue Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers begründet hat und einer Neuprüfung zugänglich ist, gilt doch ein gesetzlich vorgesehenes Prüfungsintervall von drei Jahren (Art. 29 Ziff. 2 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-Verordnung, Abl. L 381/4 vom 28.12.2006]; vgl. auch Art. 20, Art. 22a Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 8. März 2013 über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems [N-SIS] und das SIRENE-Büro [N-SIS-Verordnung, SR 362.0]). Dies kann jedoch offenbleiben, zumal die Beschwerde in materieller Hinsicht in diesem Punkt ohnehin abzuweisen ist.

5.3. Der Beschwerdeführer macht geltend, ihm sei das Einreiseverbot vom 13. Juni 2019 und damit auch dessen Ausschreibung im SIS II, am 12. Februar 2020 erstmals eröffnet worden. Was das Einreiseverbot an sich anbetrifft, so kann er daraus betreffend die Rechtzeitigkeit seiner Beschwerde für sich nichts ableiten, zumal aus den Akten nicht ersichtlich ist, dass ihm das Einreiseverbot, beispielsweise mit einer vorbehaltlosen Rechtsmittelbelehrung versehen, ausgehändigt worden wäre. Hinsichtlich der Ausschreibung im SIS II ist der Beschwerdeführer mit seiner rechtzeitigen Rüge jedoch zuzulassen. Soweit also auf die Beschwerde einzutreten ist,

beschränkt sich die materielle Prüfung vorliegend auf die (Wieder-) Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II (vgl. dazu auch Urteil des BVGer F-1904/2015 vom 9. Mai 2019 E. 4).

5.4. Eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzt (Drittstaatsangehörige), kann im SIS II zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn die "Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles" eine solche Massnahme rechtfertigen (Art. 2 und 21 SIS-II-Verordnung). Voraussetzung der Ausschreibung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die gestützt auf eine Entscheidung der zuständigen nationalen Instanzen ergeht (Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung). Die Ausschreibung erfolgt, wenn die nationale Entscheidung auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit der betreffenden Person in einem Mitgliedstaat darstellt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die betreffende Person in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt wurde, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Ziff. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung), oder wenn gegen sie der begründete Verdacht besteht, dass sie schwere Straftaten begangen hat, oder wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass sie solche Taten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats plant (Art. 24 Ziff. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung).

5.5.

5.5.1. Als Drittstaatsangehöriger kann der Beschwerdeführer grundsätzlich zur Einreiseverweigerung im SIS II ausgeschrieben werden. Die ihm in der Schweiz zur Last gelegten Straftaten erfüllen den Schweregrad von Art. 24 Ziff. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung bei Weitem. Die Schweiz ist zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Schengen-Staaten verpflichtet (BVGE 2011/48 E. 6.1). Hinzu kommt, dass wegen des Wegfalls systematischer Personenkontrollen an den Schengen-Innengrenzen Einreiseverbote und ähnliche Massnahmen ihre volle Wirksamkeit nur entfalten können, wenn sich ihre Geltung und ihre Durchsetzbarkeit nicht auf einzelne Schengen-Mitgliedstaaten beschränken.

5.5.2. Was die vom Beschwerdeführer geltend gemachten gegenläufigen Interessen anbetrifft, so kann ihm der Zeitablauf seit Begehung der Straftaten in den Jahren 2010 und 2011 nicht zu seinen Gunsten angerechnet werden. Einerseits wurde ihm nämlich eine fünfjährige Probezeit auferlegt und andererseits fällt massnahmerechtlich erst die Zeit nach der Entlas-

sung aus der Haft ins Gewicht (BVGE 2014/20 E. 5.4 m.w.H.). Die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Interessen des Beschwerdeführers in Frankreich sind insoweit zu relativieren, als er in Frankreich über keine Aufenthaltsbewilligung mehr verfügt und dies vorliegend weder widerlegt noch entgegenstehende Beweise offeriert.

Zudem hindert die Ausschreibung eines Einreiseverbots im SIS II die Schengen-Mitgliedstaaten nicht, dem Beschwerdeführer aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet zu gestatten (vgl. Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 Bst. c der Verordnung [EG] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Kodifizierter Text] [Schengener Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23.03.2016]) beziehungsweise ihm ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (vgl. Art. 25 Abs. 1 Bst. a [ii] der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex, Abl. L 243/1 vom 15.09.2009]). Sie können ihm ferner auch eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, worauf die Ausschreibung zurückgenommen wird (Art. 25 Abs. 1 SDÜ). Ebenso wird die Vorinstanz der allfälligen Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer im Inland oder in einem anderen Schengen-Staat die angemessene Rechtsfolge geben.

5.6. Die am 13. Februar 2020 erfolgte (Wieder-) Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II erweist sich daher als recht- und verhältnismässig.

6.

Es ergibt sich, dass auf die Beschwerde betreffend das Einreiseverbot nicht einzutreten ist. Hinsichtlich dessen (Wieder-) Ausschreibung im SIS II ist sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung erweist sich mit der Ausfällung des vorliegenden Urteils als gegenstandslos.

7.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das von ihm mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen. Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, war die Verlustgefahr für den Beschwerdeführer schon deshalb wesentlich höher als seine Gewinnaussichten, weil er sich dem Einreiseverbot vom

13. Juni 2019 während mehrerer Monate vorbehaltlos und bewusst unterzogen hat (vgl. Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG; BGE 142 III 138 E. 5.1; 138 III 217 E. 2.2.4). Der Beschwerdeführer hat die Verfahrenskosten demnach zu tragen. Diese sind in Anwendung von Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird hinsichtlich des Einreiseverbots nicht eingetreten. Betreffend die (Wieder-) Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und amtliche Rechtsverteidigung werden abgewiesen.

3.

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

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Einzahlungsschein)
- die Vorinstanz (Beilage: Akten Ref-Nr. (...) zurück)
- die Migrationsbehörde des Kantons Nidwalden (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Mathias Lanz

Versand: