



Abteilung VI
F-1156/2018

Urteil vom 13. Dezember 2019

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton, Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

A. _____,
vertreten durch **B.** _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein 1979 geborener nigerianischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Italien, wurde anlässlich einer Personenkontrolle am 25. Januar 2018 in Zürich polizeilich angehalten und vorläufig festgenommen. Während der anderntags durchgeführten Einvernahme gestand er gegenüber der Stadtpolizei Zürich ein, sich seit März 2017 bis zu seiner Festnahme am 25. Januar 2018 – somit über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus – ununterbrochen und unangemeldet zu Wohnzwecken bei seiner Schweizer Freundin in Zürich aufgehalten zu haben (Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [ZH-act.] 92, 94, 95 und 105). Im Rahmen der polizeilichen Einvernahme wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Anordnung von Entfernung- und Fernhaltemassnahmen gewährt (ZH-act. 87 f.). Noch am selben Tag wies das Migrationsamt des Kantons Zürich den Beschwerdeführer formlos weg und forderte ihn auf, die Schweiz unverzüglich (innert eines Tages) selbständig zu verlassen (ZH-act. 82).

B.

Mit Strafbefehl vom 26. Januar 2018 befand die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat den Beschwerdeführer des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG (seit dem 1. Januar 2019 geändert in Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG, SR 142.20; AS 2017 6521, AS 2018 3171) für schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je Fr. 30.– (ZH-act. 98 ff.). Der Strafbefehl erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

C.

Das SEM erliess am 26. Januar 2018 gegen den Beschwerdeführer ein zweijähriges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung des Einreiseverbots führte die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer sei von der zuständigen Behörde gemäss Art. 64 Abs. 1 Bst. a - c AuG aus der Schweiz weggewiesen worden und sei nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist. Gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG sei eine Fernhaltemassnahme anzuordnen (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 5/37 f.).

D.

Mit Beschwerde vom 22. Februar 2018 gelangt der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt sinngemäss, die vorinstanzliche Verfügung vom 26. Januar 2018 sei aufzuheben oder deren

Dauer zu reduzieren. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, es sei ihm bewusst gewesen, dass er die Schweiz nach seinem bewilligungsfreien Aufenthalt wieder hätte verlassen müssen. Aus Angst, seine Freundin – von der er zwar getrennt sei – bei einer Ausreise zu verlieren, habe er sich entschieden, in der Schweiz zu verbleiben [BVGer-act.] 1).

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 19. April 2018 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 5).

F.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen des SEM, die gestützt auf Art. 67 AIG ein Einreiseverbot zum Gegenstand haben (Art. 33 Bst. d VGG; Art. 32 VGG; Art. 112 Abs. 1 AIG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

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

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden

(Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen guthessen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

Am 1. Januar 2019 ist die Teilrevision des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) abschliessend in Kraft getreten (AS 2018 3171). Dabei wurde auch der Titel des Gesetzes in "Ausländer- und Integrationsgesetz" (AIG) geändert. Das Gericht wendet ab diesem Zeitpunkt die neue Bezeichnung an, mit dem Hinweis, dass die in diesem Urteil behandelten wesentlichen Bestimmungen nicht geändert wurden. Gleiches gilt für die Bestimmungen der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

4.

4.1 Gemäss Art. 67 Abs.1 AIG verfügt das SEM ein Einreiseverbot unter Vorbehalt von Absatz 5 gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AIG sofort vollstreckt wird (Bst. a) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert der angesetzten Frist nachgekommen ist (Bst. b). Nach Art. 67 Abs. 2 AIG kann das SEM gegen ausländische Personen, 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), ein Einreiseverbot erlassen. Das Einreiseverbot wird für die Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Eine längere Dauer kann angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbotes absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.2 Das in Art. 67 AIG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion dar, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, S. 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung

im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). Somit liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltmassnahme dar (vgl. Urteil des BVGer F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 4.4. m.H.).

4.3 Eigenen Angaben zufolge reiste der Beschwerdeführer anfangs März 2017 rechtmässig – mit seinem nigerianischen Pass und seiner italienischen Aufenthaltsbewilligung – in die Schweiz ein, wobei er allerdings nach Ablauf seines bewilligungsfreien Aufenthaltes von 90 Tagen die Schweiz nicht verliess, sondern sich weiterhin und damit rechtswidrig bis zu seiner polizeilichen Anhaltung hierzulande aufhielt. Der entsprechende Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. Januar 2018 ist in Rechtskraft erwachsen. Es besteht kein Anlass, in rechtlicher oder in tatsächlicher Hinsicht von diesem Straferkenntnis abzuweichen (vgl. Urteile des BVGer F-7993/2016 vom 5. März 2019 E. 6.5; F-1130/2017 vom 18. Oktober 2018 E. 4.1.2). Der Beschwerdeführer hat somit ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, was er denn auch selber eingesteht (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE bzw. aArt. 80 Abs. 1 Bst. a VZAE, in der bis 31. Dezember 2018 geltenden Fassung). Der Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG ist gegeben.

4.4

4.4.1 Soweit die Vorinstanz das Einreiseverbot damit begründet, der Beschwerdeführer sei von der zuständigen Behörde gemäss Art. 64 Abs. 1

Bst. a - c AIG aus der Schweiz weggewiesen worden und sei nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist, weshalb gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b AIG eine Fernhaltemassnahme anzuordnen sei, so braucht aufgrund des gegebenen Fernhaltegrundes von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG vorliegend nicht näher darauf eingegangen zu werden. Aus den Akten ist denn auch nicht ersichtlich, auf welche (ordentliche) Wegweisungsverfügung im Sinne von Art. 64 AIG sich das SEM bezieht, wurde der Beschwerdeführer doch lediglich formlos weggewiesen und zum unverzüglichen Verlassen der Schweiz aufgefordert (ZH-act. 82).

4.4.2 Der Grundsatz der *Rechtsanwendung von Amtes wegen* verpflichtet Verwaltung und Gericht, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtsatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden erachten, und ihm jene Auslegung zu geben, von der sie überzeugt sind. Dieses Prinzip hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG), und bedeutet, dass es eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheidung im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (*sog. Motivsubstitution*). Soll sich der Entscheid auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten, so ist ihnen Gelegenheit zu geben, sich hierzu vorgängig zu äussern (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N 1.54 m.H.).

4.4.3 Das rechtliche Gehör zum Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG wurde dem Beschwerdeführer im Rahmen seiner Einvernahme vom 26. Januar 2018 von der Stadtpolizei Zürich gewährt (ZH-act. 87 ff.). Ihm war denn auch stets bewusst, dass er sich in der Schweiz illegal aufgehalten hat und ihm damit eine Widerhandlung gegen die öffentliche Ordnung vorwerfbar ist (vgl. BVGer-act. 1). Nach dem Gesagten musste der Beschwerdeführer mit der Anwendung der vorgenannten Bestimmung rechnen, weshalb das Gericht davon absehen durfte, ihm zur beabsichtigten Motivsubstitution vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren.

5.

5.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, der eine wertende Abwägung zwischen den berührten privaten und öffentlichen Interessen verlangt. Aus-

gangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 AIG; ferner statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

5.1.1 Als nigerianischer Staatsangehöriger mit italienischem Aufenthaltstitel durfte sich der Beschwerdeführer während 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen visumsfrei im Schengen-Raum aufhalten (Art. 4 Abs. 2 Bst. a der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [aVEV, SR 142.204, in Kraft bis 14. September 2018]). Im Zeitraum von 180 Tagen, welcher der polizeilichen Anhaltung am 25. Januar 2018 voranging (30. August 2017 – 25. Januar 2018), hielt sich der Beschwerdeführer insgesamt während der ganzen 180-tägigen Frist widerrechtlich im Schengen-Raum bzw. in der Schweiz auf.

5.1.2 Angesichts dieser Überschreitung der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer im Schengen-Raum (sog. "Overstay") besteht bereits aus generalpräventiven Gründen ein öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers. Die ausländerrechtliche Ordnung ist durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2). Aber auch unter dem Aspekt der Spezialprävention scheint die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme als gerechtfertigt, hat sich doch der Beschwerdeführer – wie dargelegt – bewusst über die Rechtslage hinweggesetzt und seine Partikularinteressen über diejenigen der öffentlichen Ordnung gestellt. Dem solchermassen begründeten öffentlichen Interesse am Einreiseverbot stellt der Beschwerdeführer eine damit einhergehende Beeinträchtigung seiner Beziehung zu seiner in der Stadt Zürich lebenden Schweizer Freundin gegenüber. In diesem Zusammenhang verweist er auf die angeblich bevorstehende Heirat. Aus den Akten ergeben sich allerdings keine Hinweise, wonach diesbezüglich entsprechende Schritte unternommen worden wären. Andererseits gilt es darauf hinzuweisen, dass ein Ehevorbereitungsverfahren in der Schweiz auch möglich ist, wenn nicht beide Brautleute hierzulande wohnen (vgl. Art. 17 AIG und Art. 6 Abs. 2 VZAE). Im Übrigen könnte das SEM – wie unter E. 4.1 dargelegt – die Fernhaltungsmassnahme auf Gesuch hin aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG), weshalb die angefochtene Verfügung einem späteren Eheschluss in der Schweiz nicht entgegensteht.

5.2 Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das auf zwei 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.

6.

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

7.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 900.- festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 900.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den am 8. April 2018 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] und N [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ad ZH [...])

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Daniel Brand

Versand: