



Urteil vom 19. März 2018

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiberin Rahel Altmann.

Parteien

A._____,
vertreten durch Marc Spescha, Rechtsanwalt,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1983), mazedonischer Staatsangehöriger, reiste 1998 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz und verfügte hernach über eine Niederlassungsbewilligung. Seit 2009 ist der Beschwerdeführer mit einer ebenfalls aus Mazedonien stammenden Schweizer Bürgerin verheiratet und hat mit ihr drei Kinder (geb. 2009, 2011 und 2015).

B.

Der Beschwerdeführer wurde in der Schweiz mehrfach straffällig und – nebst einer ausländerrechtlichen Verwarnung im Jahr 2005 – zwischen 2004 und 2012 wie folgt verurteilt:

- bedingte Gefängnisstrafe von vier Monaten wegen Diebstahls, versuchten Diebstahls, Sachbeschädigung sowie Hausfriedensbruchs, jeweils in mehrfacher Begehung (Urteil des Bezirksgerichts [...] vom 14. Dezember 2004);
- unbedingte Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu Fr. 30 wegen vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand und vorsätzlicher grober Verletzung der Verkehrsregeln (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft [...] vom 12. Februar 2010);
- Freiheitsstrafe von 36 Monaten, davon 24 Monate bedingt unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Urteil des Bezirksgerichts [...] vom 27. Juni 2011);
- Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 90.- und Verlängerung der mit Urteil vom 27. Juni 2011 angesetzten Probezeit des Bezirksgerichts [...] um ein Jahr wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln (Gerichtspräsidium [...] vom 26. September 2012).

C.

Das Migrationsamt Zürich widerrief mit Verfügung vom 3. April 2013 die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers und wies ihn aus der Schweiz weg. Dieser Entscheid wurde mit der Abweisung einer Beschwerde durch das Bundesgericht am 12. Januar 2015 rechtskräftig (BGer 2C_295/2014).

D.

Gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft X. _____ vom 9. April 2015

wurde der Beschwerdeführer wegen fahrlässigen Beschäftigens von Ausländern mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft (Akten des Migrationsamts des Kantons Zürich [nachfolgend: ZH-act.] [...]).

E.

Am 10. April 2015 verliess der Beschwerdeführer den Schengen-Raum.

F.

Nachdem sich der Rechtsvertreter bei der Vorinstanz nach dem Bestehen eines Einreiseverbots erkundigte, teilte diese mit Schreiben vom 18. November 2015 mit, dass keine solche Massnahme erlassen worden sei (vgl. BVGer act. 1/Beschwerdeschrift, Beilagen 9 und 16).

G.

In der Folge reiste der Beschwerdeführer mehrfach zu bewilligungsfreien Besuchsaufenthalten in die Schweiz ein und stellte am 17. Mai 2016 bei den Einwohnerdiensten Y._____ ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthalts- beziehungsweise Niederlassungsbewilligung (ZH-act. [...]).

H.

Am 26. Mai 2016 verhaftete die Kantonspolizei Zürich den im Fahndungssystem RIPOl zur Verhaftung ausgeschriebenen Beschwerdeführer wegen Busse beziehungsweise Umwandlungshaft. Nachdem der Beschwerdeführer die Busse von Fr. 400.– beglichen hatte, wurde er gleichentags aus der Haft entlassen und ihm das rechtliche Gehör zum möglichen Erlass einer Fernhaltemassnahme gewährt (vgl. Akten der Vorinstanz [nachfolgend: SEM act.] [...]).

I.

Das Migrationsamt des Kantons Zürich wies das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit Verfügung vom 21. September 2016 ab und forderte ihn auf, die Schweiz innert Frist zu verlassen (ZH-act. [...]).

J.

Mit Verfügung vom 16. November 2016 erliess das SEM gegenüber dem Beschwerdeführer ein Einreiseverbot bis zum 15. November 2021 für schweizerisches und liechtensteinisches Gebiet sowie für den gesamten Schengen-Raum. Gleichzeitig entzog es einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

K.

Der Beschwerdeführer beantragt mit Rechtsmitteleingabe vom 20. Januar 2017 neben einer Parteientschädigung die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 6. Februar 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

M.

Die Vorinstanz hielt mit Vernehmlassung vom 9. Februar 2017 an ihrer Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

N.

Der Beschwerdeführer hielt am 7. März 2017 replikweise an seinen Anträgen fest.

O.

Das Gericht hiess das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Zwischenverfügung vom 13. März 2017 gut.

P.

Mit Duplik vom 17. März 2017 beantragte die Vorinstanz erneut die Abweisung der Beschwerde.

Q.

In seiner Triplik vom 24. April 2017 ersuchte der Beschwerdeführer um Gutheissung seiner Beschwerde und reichte eine Kostennote zu den Akten. Hierzu liess sich die Vorinstanz nicht weiter vernehmen.

R.

Das SEM suspendierte das bestehende Einreiseverbot zwecks Besuch des Beschwerdeführers bei seiner Familie in der Schweiz für die Zeit vom 25. Juni bis 9. Juli 2017 sowie vom 14. Januar bis 27. Januar 2018 (vgl. BVGer act. 13 und 17/Verfügungen vom 9. Mai und 14. Dezember 2017).

S.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Vom SEM erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (vgl. Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in vorliegender Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie 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 Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG); namentlich habe das SEM den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, indem es in seiner Verfügung festhielt, der Beschwerdeführer habe aus der Schweiz weggewiesen werden müssen. Damit werde dem Beschwerdeführer entgegen der tatsächlichen Begebenheiten ein renitentes Verhalten unterstellt.

3.2 Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. "Unrichtig" im Sinne von Art. 49 Bst. b VwVG (vgl. E. 2) ist die

Sachverhaltsfeststellung beispielsweise dann, wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde (vgl. dazu statt vieler BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 49 Rz. 28).

3.3 Die Vorinstanz führt in ihrer Verfügung aus, der Beschwerdeführer „musste (...) mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 21. September 2016 erneut weggewiesen werden“. Mit der erwähnten kantonalen Verfügung verweigerte das Migrationsamt des Kantons Zürich dem Beschwerdeführer die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und forderte ihn im Rahmen einer ordentlichen Wegweisung nach Art. 64 Abs. 1 Bst. c AuG (Ausländergesetz, SR 142.20) auf, die Schweiz innert einer Frist von 30 Tagen, spätestens jedoch nach Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts (90 Tage innerhalb von 180 Tagen), zu verlassen (ZH-act. [...], insb. E. 5). Die Ansicht des Beschwerdeführers, wonach die vom SEM gewählte Formulierung hinsichtlich des Verhaltens des Beschwerdeführers irreführend sei, ist aufgrund der unglücklichen Wortwahl grundsätzlich nachvollziehbar. Angesichts der eingangs erwähnten Wegweisungsverfügung vom 21. September 2016 folgt aus einer irreführenden Formulierung allein noch keine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Auch sonst deutet die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nicht auf Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit im Sinn von Art. 49 Bst. b VwVG hin. Die Gewichtung der erwähnten kantonalen Verfügung und das dem Beschwerdeführer zugrunde gelegte Verhalten ist damit im Rahmen der materiell-rechtlichen Auseinandersetzung zu prüfen.

3.4 Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht im Weiteren, das SEM habe das angefochtene Einreiseverbot nicht hinreichend begründet und den Anspruch auf rechtliches Gehör auch insoweit verletzt. Insbesondere seien die engen familiären Bindungen des Beschwerdeführers zu seinen in der Schweiz lebenden Angehörigen, sein langjähriger Voraufenthalt sowie sein mehrjähriges Wohlverhalten im Anschluss an die Entlassung aus dem Strafvollzug in der Verfügung nicht berücksichtigt worden. Demgegenüber erachtet die Vorinstanz die Begründung ihrer Verfügung gemäss Duplik vom 17. März 2017 als ausführlich.

3.5 Ein Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV) bildet die Begründungspflicht (vgl. Art. 35 VwVG), welche der rationalen und transparenten Entscheidungsfindung der Behörden dient und die Betroffenen in die Lage versetzen soll, den Entscheid

sachgerecht anzufechten. Die Behörde hat daher in ihrer Verfügung die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sie sich leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Je weiter der Entscheidungsspielraum, je komplexer die Sach- und Rechtslage und je schwerwiegender der Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen (vgl. zum Ganzen BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2012/24 E. 3.2 sowie UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 35 Rz. 17 ff.).

3.6 Der Begründung der angefochtenen Verfügung kann entnommen werden, dass die Vorinstanz den langen Aufenthalt sowie das familiäre Umfeld des Beschwerdeführers in der Schweiz erwähnt hat. Ebenso wird das klaglose Verhalten des Beschwerdeführers während des Strafvollzugs berücksichtigt. Aus der Auflistung der Straftaten und der Feststellung wiederholter schwerer Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung werden zudem die Gründe für den Erlass des Einreiseverbots aufgeführt. Eine Interessenabwägung durch die Vorinstanz wird insoweit im Grundsatz erkennbar. Wie der Beschwerdeführer jedoch zu Recht vorbringt, hat sich das SEM weder zu dessen Verhalten nach Entlassung aus dem Strafvollzug, dem Zeitablauf hinsichtlich der begangenen Taten, den mehrfachen bewilligungsfreien Aufenthalten in der Schweiz nach Ausreise im April 2015 noch zur Familiensituation, die aus den Vorakten klar hervorgeht, geäußert. Ob diese für den vorliegend zu beurteilenden Fall wesentlichen Umstände bei der Verhältnismässigkeitsprüfung überhaupt berücksichtigt wurden, wird nicht ersichtlich. Das Versäumte hat die Vorinstanz auch anlässlich der Stellungnahmen im vorliegenden Verfahren nur bedingt nachgeholt. Die Verfügung erscheint auch insoweit nicht nachvollziehbar, als lediglich pauschal auf Art. 67 Abs. 3 AuG verwiesen wird und sich daraus für den Verfügungsadressaten nicht erschliessen lässt, wie die Dauer von fünf Jahren berechnet wurde. Die vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang aufgeführten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts F-312/2016 vom 1. März 2017 und C-3739/2014 vom 9. März 2015 sind nicht einschlägig, beziehen sie sich doch auf über fünfjährige Einreiseverbote, welche nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig sind und eine erhöhte Anforderung an die Begründungsdichte stellen. Ungeachtet dessen wäre vorliegend angesichts der besonderen Umstände (Zeitablauf, bewilligungsfreie Einreisen in die Schweiz, Versäumnis der Vorinstanz, familiäre Situation) eine ausführlichere und transparente Auseinandersetzung der Vorinstanz im Rahmen der Interessenabwägung dennoch erforderlich gewe-

sen. Schliesslich hat auch ein fünfjähriges Einreiseverbot erhebliche Auswirkungen für die Betroffenen und bedarf einer nachvollziehbaren Begründung. Damit ist die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen.

3.7 Die Verletzung der Begründungspflicht erscheint insgesamt nicht als leicht. Auf der anderen Seite ist das Verfahren bereits fortgeschritten. Eine Rückweisung würde demnach dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung nicht Rechnung tragen. Dem Beschwerdeführer war es zudem möglich, ein materiell begründetes Rechtsmittel gegen die Verfügung zu erheben und seine Belange im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausführlich darzulegen. Eine Kassation des vorinstanzlichen Urteils würde folglich zu einem prozessualen Leerlauf führen. Demnach erscheint eine Heilung der gerügten Gehörsverletzung durch das Bundesverwaltungsgericht, welches über dieselbe Kognition wie das SEM verfügt, ausnahmsweise gerechtfertigt (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 sowie BVGE 2012/24 E. 3.4 je mit Hinweisen).

3.8 Nachfolgend ist dementsprechend die Rechtmässigkeit des materiellrechtlichen Gehalts der angefochtenen Verfügung zu prüfen. Die Gehörsverletzung ist bei der Festlegung der Nebenfolgen zu berücksichtigen.

4.

4.1 Gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG kann gegenüber Ausländerinnen und Ausländern, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, ein Einreiseverbot verfügt werden. Dieses wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren erlassen (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AuG). Sofern von der betroffenen Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, ist die Anordnung eines länger als fünf Jahre dauernden Einreiseverbots zulässig (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]).

4.2 Der Beschwerdeführer trat während seines langjährigen Aufenthalts in der Schweiz mehrfach strafrechtlich in Erscheinung. Als schwerste Tat wurde ihm der Handel mit harten Drogen zwischen Mai 2010 und Januar

2011 vorgeworfen. Entsprechend wurde er im Jahr 2011 wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt. Vom 30. Januar bis 14. April 2011 war der Beschwerdeführer in Untersuchungshaft (ZH-act. [...]) sowie ab 3. September 2012 im ordentlichen, offenen Strafvollzug (ZH-act. [...]), wobei er wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln im Jahr 2012 erneut verurteilt wurde (ZH-act. [...]). Nach Entlassung aus dem Strafvollzug wurde der Beschwerdeführer mit Strafbefehl vom 9. April 2015 wegen fahrlässigen Beschäftigens von Ausländern als schuldig erkannt und mit einer Busse in Höhe von Fr. 400.– bestraft. Aufgrund deren Nichtbegleichens wurde er in der Folge im RIPOI ausgeschrieben und am 26. Mai 2016 erneut in Haft genommen.

Angesichts der wiederholten Missachtung der Rechtsordnung hat der Beschwerdeführer gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG verstossen. Das Bundesgericht schätzte die im Zeitraum von 2003 bis 2012 begangenen Straftaten und das Verschulden des Beschwerdeführers, insbesondere hinsichtlich des Drogenhandels, als schwer ein (vgl. Urteil des BGer 2C_295/2014, insbes. E. 4.2). Dieser Einschätzung kann auch drei Jahre später grundsätzlich gefolgt werden, wobei der Zeitablauf im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist. Im Weiteren lassen der ergangene Strafbefehl vom 9. April 2015 sowie die Verhaftung im Mai 2016 darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer nach wie vor Mühe in der Beachtung der Rechtsordnung zeigt. Jedoch ist auch diesbezüglich zu beachten, dass der Beschwerdeführer den mit Strafbefehl vom 9. April 2015 erwähnten Straftatbestand fahrlässig begangen hat und er die ausstehende Busse im April 2016 umgehend bezahlte. Insgesamt ist weiterhin auf eine vom Beschwerdeführer ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schliessen (vgl. Art. 80 Abs. 2 VZAE). Eine schwerwiegende Gefahr, wie von der Vorinstanz in ihrer Duplik vom 17. März 2017 angenommen, ist angesichts des Dargelegten jedoch zu verneinen. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots nach Art. 67 Abs. 3 erster Satz AuG sind somit erfüllt.

5.

Es bleibt zu prüfen, ob das auf fünf Jahre befristete Einreiseverbot in rechtskonformer Anwendung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Dabei steht vorliegend neben dem Gebot von Treu und Glauben insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Vordergrund. Unter letzterem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung zwischen dem öffent-

lichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits vorzunehmen. 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 BVGE 2014/20 E. 8.1 m.H. sowie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 434).

6.

6.1 Der Beschwerdeführer erblickt im Verhalten des SEM vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 16. November 2016 ein Verstoss gegen Treu und Glauben, namentlich das Vertrauensschutzprinzip sowie das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Die Vorinstanz habe nach dem rechtskräftigen Widerruf der Niederlassungsbewilligung und der erfolgten Ausreise des Beschwerdeführers im April 2015 auf die Anordnung eines Einreiseverbots verzichtet und im November 2015 explizit bestätigt, dass kein solches verhängt worden sei. Erst durch Kenntnisnahme des Familiennachzugsgesuchs im Mai 2016, welches ihm nicht zum Nachteil ausgelegt werden dürfe, und dessen Verweigerung durch die kantonalen Behörden im September 2016 habe die Vorinstanz fälschlicherweise ein renitentes Verhalten des Beschwerdeführers angenommen und ein Einreiseverbot erlassen. Dieses Vorgehen verstosse gegen Treu und Glauben.

6.2 Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) umfasst als Verfassungsprinzip das Verbot widersprüchlichen Verhaltens sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Er verbietet sowohl *Behörden wie auch Privaten*, sich widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten und fordert einen loyalen und vertrauenswürdigen Umgang im Rechtsverkehr (vgl. statt vieler BGE 137 V 394 E. 7.1 sowie BVGE 2015/36 E. 2.9.1 f. m.H.). Ein widersprüchliches Verhalten liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt, den sie ausdrücklich oder konkludent in vertrauenswürdiger Weise gegenüber einer anderen Partei eingenommen hat, ohne sachlichen Grund wechselt (vgl. BGE 138 I 49 E. 8.3.1; THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, 2005, S. 206, 209; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 1 ff. und 21 f.).

6.3 Als Grundrecht schlägt sich der Grundsatz von Treu und Glauben zudem im Vertrauensschutzprinzip (Art. 9 BV) nieder (vgl. BGE 138 I 49

E. 8.3.1). Dieses verleiht Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten, d.h. objektiv begründeten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes behördliches Verhalten (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-2712/2016 vom 25. August 2017 E. 4.4 m.H.; CHRISTOH ROHNER, in: Ehrenzeller et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 39 ff. zu Art. 9 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 624 ff., 712 ff.; auch zum Folgenden). Auf den Grundsatz von Treu und Glauben können sich Private nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgreich berufen. Zunächst bedarf es einer Vertrauensgrundlage, d.h. ein Verhalten eines staatlichen Organs, das bei den Betroffenen bestimmte Erwartungen auslöst. Weiter ist vorausgesetzt, dass der Private berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat. Schliesslich dürfen der Berufung auf Treu und Glauben keine überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1, 129 I 161 E. 4.1). Diese Voraussetzungen gelten grundsätzlich sowohl für den Vertrauensschutz wie auch im Rahmen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 624 ff. sowie Urteil des BVGer A-4313/2016 vom 25. Januar 2017 E. 7.3.1; vgl. zur Abgrenzung GÄCHTER, a.a.O., S. 206 f.).

6.4 Blosser Untätigkeit einer Behörde vermag in aller Regel keinen Vertrauensstatbestand zu schaffen (BGE 132 II 21 E. 8.1 m.H.). Ob die Behörde infolge Untätigkeit ausnahmsweise einen solchen geschaffen hat, bestimmt sich grundsätzlich danach, ob ihr Stillschweigen bei objektiver Betrachtungsweise geeignet war, beim Beschwerdeführer eine entsprechende Erwartung zu wecken (BGE 132 II 21 E. 2.2; zum Ganzen Urteil 2C_350/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 2.4). Insbesondere wenn ein grosser Interpretations- oder Ermessensspielraum besteht, kann die Passivität einer Behörde in einem individualisierten Vertrauensverhältnis berechnete Erwartungen wecken, zu denen sich die Behörde anschliessend nicht in Widerspruch setzen darf (GÄCHTER, a.a.O., S. 209 f.).

6.5 Die Vorinstanz teilte dem Beschwerdeführer am 18. November 2015 auf Anfrage hin schriftlich mit, es sei kein Einreiseverbot gegen ihn angeordnet worden. Ein Jahr später bezeichnete sie in der angefochtenen Verfügung vom 16. November 2016 die fehlende Fernhaltemassnahme als Versäumnis und erliess gestützt auf die strafrechtlichen Verurteilungen des Beschwerdeführers zwischen 2004 und 2012 eine entsprechende Massnahme. Vorab ist festzuhalten, dass allein aufgrund der Auskunft des SEM,

wonach kein Einreiseverbot gegen ihn erlassen wurde, der Beschwerdeführer – insbesondere angesichts der erneuten Polizeihaft – nicht darauf vertrauen konnte, dass künftig ein solches nicht angeordnet würde. Weder aus den kantonalen noch aus den vorinstanzlichen Akten wird ersichtlich, zu welchem Zeitpunkt das SEM über die Verhaftung des Beschwerdeführers vom 26. Mai 2016 Kenntnis erhielt. Ebenso wenig wird aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, wann die Vorinstanz von der Verfügung des kantonalen Migrationsamtes vom 21. September 2016 erfuhr, in welcher ein sicherheitspolizeilich begründetes überwiegendes öffentliches Interesse an der Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung festgestellt wurde. Gemäss dem vorinstanzlichen Aktenverzeichnis wurde ein Antrag auf Erlass eines Einreiseverbots spätestens am 16. November 2016 der Vorinstanz unterbreitet. Angesichts der erneuten Verhaftung des Beschwerdeführers am 26. Mai 2016 und deren Kenntnisnahme durch das SEM spätestens am 16. November 2016 erweist sich das Verhalten der Behörde somit nicht als treuwidrig. Die mehrfachen bewilligungsfreien Einreisen wurden dem Beschwerdeführer überdies auch nicht zum Nachteil im Sinne einer illegalen Einreise oder eines illegalen Aufenthalts ausgelegt, sondern ermöglichten ihm vielmehr mehrere langfristige Besuche bei seiner Familie in der Schweiz. Insoweit ist weder eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 BV noch von Art. 9 BV erkennbar.

6.6 Etwas anderes gilt für die Rüge des widersprüchlichen Verhaltens. Diese erscheint im Grundsatz nachvollziehbar, da die Vorinstanz im Zeitpunkt der Nachfrage des Beschwerdeführers im November 2015 ein allfälliges Versäumnis hätte feststellen können. Zu diesem Zeitpunkt hatte das SEM bereits Kenntnis vom rechtskräftigen Widerruf der Niederlassungsbewilligung und der Wegweisung des Beschwerdeführers aufgrund dessen Straffälligkeit sowie vom ergangenen Strafbefehl vom 9. April 2015 (vgl. SEM act. [...]). Angesichts der erneuten Verhaftung war ein zusätzlicher sachlicher Grund für die Anordnung des Einreiseverbots jedoch gegeben. Das SEM hat mit dem Erlass des Einreiseverbots demnach keinen grundsätzlich neuen Standpunkt eingenommen, sondern nach Kenntnisnahme der entsprechenden Verhaftung im Mai 2016 sowie der Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung das offensichtlich Versäumte nachgeholt. Auch wenn die eingangs erwähnte Rüge demnach im Grundsatz nachvollzogen werden kann, ist die Schwelle für eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 BV (vorn E. 6.2) damit noch nicht erreicht.

6.7 Mit dem Erlass des Einreiseverbots erst über ein Jahr nach dem rechtskräftigen bundesgerichtlichen Urteil in Sachen Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung hat das SEM vorliegend auch unter Berücksichtigung des vielschichtigen vorinstanzlichen Verfahrens weder gegen das Vertrauensschutzprinzip noch gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstossen. Ob die Vorinstanz das strafrechtliche Verhalten sowie die legalen Aufenthalte des Beschwerdeführers unter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit angemessen gewürdigt hat, ist nachfolgend zu prüfen.

7.

7.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, das Einreiseverbot für die Dauer von fünf Jahren schränke sein privates Interesse sowie dasjenige seiner in der Schweiz lebenden Familie übermässig ein. Durch regelmässige Besuche könne das Familienleben intakt gehalten und insbesondere dem Kindeswohl entsprochen werden. Während seiner bewilligungsfreien Besuchsaufenthalte könnte der Beschwerdeführer seine erwerbstätige Frau zudem erheblich entlasten und dadurch einen Beitrag zur Befreiung von der Sozialhilfeabhängigkeit der Familie leisten. Die dem Einreiseverbot zugrunde liegenden Straftaten lägen inzwischen über sechs Jahre zurück, der Beschwerdeführer habe sich seit einer Entlassung aus dem Strafvollzug während rund drei Jahren in der Schweiz klaglos verhalten und seit nunmehr zwei Jahren im Ausland zu keinen Strafverfahren Anlass gegeben. Das Fernhalteinteresse werde dadurch stark relativiert.

Demgegenüber erachtet die Vorinstanz aufgrund der wiederholten Straftaten, der betroffenen Rechtsgüter sowie des hohen Masses an Uneinsichtigkeit des Beschwerdeführers ein Einreiseverbot für die Dauer von fünf Jahren unter Berücksichtigung der familiären Situation als verhältnismässig.

7.2 Aufgrund der vom Beschwerdeführer nach wie vor ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (vgl. E. 4.2) besteht weiterhin ein öffentliches Interesse an dessen Fernhaltung. Die Entlastung der Sozialhilfe der Ehefrau aufgrund von Besuchen bei der Familie ist angesichts der kurzen Dauer von bewilligungsfreien Aufenthalten vorliegend als gering zu erachten, zumal während dieser Zeit der Beschwerdeführer wiederum auf die finanzielle Unterstützung seiner Ehefrau angewiesen ist. Das Fernhalteinteresse ist jedoch dahingehend zu relativieren, als dass der schwerwiegende Verstoss durch Handel mit harten Drogen zwischen Mai

2010 und Januar 2011 nunmehr sieben Jahre zurück liegt und der Beschwerdeführer anlässlich seiner Polizeihaft vom Mai 2016 die ausstehende Busse umgehend bezahlte. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass der Beschwerdeführer nach seiner Ausreise aus der Schweiz regelmässig wiederholt in die Schweiz eingereist ist, wobei er stets die Ausreisefristen beachtete und sich, abgesehen von der ausstehenden Busse in Höhe von Fr. 400.–, an die Rechtsordnung hielt. In der Zeit, in welcher die Vorinstanz es versäumte, ein Einreiseverbot zu erlassen, konnte er folglich sein Wohlergehen im Rahmen von Besuchsaufenthalten mehrfach unter Beweis stellen. Dies wurde von der Vorinstanz nicht in Betracht gezogen.

7.3 Hinsichtlich der gegenüberstehenden privaten Interessen erscheint es dem Beschwerdeführer grundsätzlich zumutbar, sich ausserhalb des Schengen-Raums mit seiner Familie beispielsweise im Rahmen von Ferien zu treffen und dadurch das Familienleben aufrechtzuerhalten. Zudem kann der Kontakt mittels Telefon oder modernen Kommunikationsmitteln wie SMS, E-Mail, WhatsApp, Skype, Facebook usw. sichergestellt werden. Der Beschwerdeführer erhielt zudem bereits während des laufenden Verfahrens zwei Mal die Gelegenheit, durch vorübergehende Suspendierungen des Einreiseverbots seine Familie zu besuchen. Ihm steht es weiterhin offen, die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltmassnahme zu beantragen (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG). Im Rahmen der Güterabwägung ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer trotz der Geburt seiner Kinder in den Jahren 2009, 2011 und 2015 wiederholt mit dem Gesetz in Konflikt geraten ist. Folglich hat er die entsprechenden straf- und ausländerrechtlichen Folgen hinsichtlich seines Familienlebens in Kauf genommen und sich diese zuzuschreiben (vgl. BVGE 2013/4 E. 7.4.4; Urteil des BVGer F-5290/2015 vom 3. Juli 2017 E. 7.6). Dennoch ist nicht zu verkennen, dass das Einreiseverbot den Beschwerdeführer und seine in der Schweiz lebende Ehefrau und die gemeinsamen drei minderjährigen Kinder, welche allesamt Schweizer Staatsbürger sind, trifft und die Aufrechterhaltung des Familienlebens als ein erhebliches persönliches Interesse zu gewichten ist. Ebenfalls ist im Rahmen der persönlichen Interessen zu beachten, dass der Beschwerdeführer nach Entlassung aus der Haft einer Erwerbstätigkeit in seiner eigenen Firma nachging, fortan in der Schweiz lebte und nach der Ausreise im April 2015 mehrmals bewilligungsfrei in die Schweiz eingereist ist.

7.4 Eine wertende Abwägung der sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt insgesamt zum Schluss, dass sich ein fünf-

jähriges Einreiseverbot als unverhältnismässig erweist. Als verhältnismässig ist angesichts der Umstände des vorliegenden Einzelfalls sowie unter Berücksichtigung des Zeitablaufs ein Einreiseverbot von drei Jahren zu erachten. Mit dieser Befristung wird den Besonderheiten des Falles (Zeitablauf, grundsätzliches Wohlverhalten während den bewilligungsfreien Aufenthalten in der Schweiz, familiäre Umstände) ausreichend Rechnung getragen und gleichwohl eine angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gewährleistet. Die damit einhergehende Erschwerung des Familienlebens wird durch das öffentliche Fernhalteinteresse gedeckt und ist daher nach Massgabe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt.

8.

Die Ausschreibung des Beschwerdeführers im SIS II ist angesichts des Dargelegten nicht zu beanstanden. Eine solche Ausschreibung erfolgt insbesondere angesichts von abgeurteilten oder zu befürchtenden Straftaten gewisser Schwere (vgl. Art. 24 Ziff. 2 Bst. a oder Bst. b Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des europäischen Parlaments und Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS II] ABl. L 381/4 vom 28.12.2006), eine Voraussetzung, die im vorliegenden Fall ohne weiteres erfüllt ist.

9.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, die festgelegte Dauer des Einreiseverbots jedoch Bundesrecht verletzt, soweit sie über drei Jahre hinausgeht (vgl. Art. 49 VwVG). Mit der Reduzierung der Dauer des Einreiseverbots auf drei Jahre wird dem Antrag des Beschwerdeführers teilweise entsprochen, so dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist.

10.

10.1 Aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

10.2 Im Rahmen seines teilweisen Obsiegens ist dem Beschwerdeführer gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei ist die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilte

Gehörsverletzung zu berücksichtigen. Insgesamt erscheint eine Entschädigung mit zwei Dritteln gerechtfertigt.

10.3 Der als amtlicher Rechtsbeistand beigeordnete Rechtsvertreter reichte am 23. April 2017 eine Kostennote in Höhe von Fr. 2'153.80 (exkl. MWSt.) zu den Akten. Der in Rechnung gestellte zeitliche Aufwand von rund 8 Stunden sowie die Auslagen in Höhe von Fr. 174.60.– (exkl. MWSt.) erscheinen angemessen und der veranschlagte Stundenansatz in Höhe von Fr. 250.– bewegt sich im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Die volle Entschädigung beträgt somit Fr. 2'153.80 (exkl. MWSt.). Im Umfang seines Obsiegens von zwei Dritteln ist ihm folglich eine von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'421.50 zuzusprechen (66 Prozent von Fr. 2'153.80). Weil der Wohnsitz des Beschwerdeführers als Empfänger der anwaltschaftlichen Dienstleistung im Ausland liegt, ist keine Mehrwertsteuer beziehungsweise kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer auszurichten (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 18 Abs. 1 MWSTG [SR 641.20] sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE; vgl. auch Urteil des BVGer F-3638/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 8).

10.4 Das amtliche Honorar für den als amtlichen Anwalt eingesetzten Rechtsvertreter im Umfang des verbleibenden Drittels von Fr. 732.30 geht zulasten der Gerichtskasse des Bundesverwaltungsgerichts. Hinzu kommt hier die Mehrwertsteuer von 7.7 Prozent (Fr. 56.40; vgl. Abschreibungsentcheid des BVGer F-3523/2017 vom 21. November 2017 E. 3.6). Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand ist demnach aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 788.70 (inkl. MWSt.) auszurichten. Der Beschwerdeführer hat das amtliche Honorar dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot bis zum 15. November 2019 befristet.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dem Beschwerdeführer wird eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'421.50 zugesprochen. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer diesen Betrag innert 30 Tagen nach Zustellung des vorliegenden Urteils zu entrichten.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht entrichtet dem als amtlicher Rechtsbeistand eingesetzten Rechtsvertreter zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 788.70.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Beilagen: Akten Ref-Nr. [...])

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Kayser

Rahel Altmann

Versand: