



## Urteil vom 19. Mai 2015

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,  
Richter Andreas Trommer  
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

---

Parteien

**R.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Oliver Jucker, Rechtsanwalt,  
Meier Fingerhuth Fleisch Häberli,  
Lutherstrasse 36, 8004 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin (geb. 1957), amerikanische Staatsbürgerin, reiste am 26. April 2012 als Touristin in die Schweiz ein und hielt sich in der Folge, über den bewilligungsfreien Aufenthalt von 90 Tagen hinaus, während insgesamt 477 Tagen in der Schweiz auf. Am 12. November 2013 wurde sie bei ihrer Ausreise am Flughafen Zürich kontrolliert und verhaftet.

**B.**

Mit Strafbefehl vom 13. November 2013 wurde die Beschwerdeführerin mit einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je Fr. 50.- sowie einer Busse von Fr. 300.- bestraft. Das Migrationsamt des Kantons Zürich (nachfolgend: Migrationsamt) gewährte der Beschwerdeführerin mittels Faxschreiben an deren Rechtsvertreter das rechtliche Gehör.

**C.**

Das Migrationsamt verfügte am 14. November 2013 die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz. Gleichentags verhängte die Vorinstanz über die Beschwerdeführerin ein dreijähriges Einreiseverbot, gültig ab 17. November 2013, und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Beide Verfügungen wurden dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin durch das Migrationsamt am 15. November 2013 zugefaxt, mit der Bitte, die Dokumente der Beschwerdeführerin zukommen zu lassen.

**D.**

In ihrer Rechtsmitteleingabe vom 16. Dezember 2013 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des verhängten Einreiseverbots, eventualiter eine angemessene Reduktion der verhängten Dauer.

**E.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde.

**F.**

Die Beschwerdeführerin hielt mit Eingabe vom 27. März 2014 am Rechtsmittel fest.

**G.**

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

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM bzw. SEM, das mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

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

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerechte Beschwerde (Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 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 Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E.2 m.H.).

### **3.**

**3.1** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV), weil sich die Vorinstanz in ihrer

Verfügung nicht mit den vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt habe.

**3.2** Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind die Behörden verpflichtet, schriftliche Verfügungen zu begründen. Die Begründungspflicht ist Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Sie soll verhindern, dass die Behörden sich von unsachlichen Motiven leiten lassen, und es der betroffenen Person ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Eine sachgerechte Anfechtung ist nur möglich, wenn sich sowohl die Partei wie auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445 m.H.; vgl. auch BVGE 2007/27 E. 5.5.2 m.H. sowie LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum VwVG, 2008, Rz. 4 ff. und insb. 9 ff. zu Art. 35 VwVG).

Eine Verletzung des Gehörsanspruchs führt grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Im Falle der Verletzung der Begründungspflicht kann der Mangel auf Rechtsmittelebene jedoch geheilt werden, wenn die Vorinstanz die Entscheidungsgründe in einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Weise darlegt und die Rechtsmittelinstanz der betroffenen Partei im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels die Möglichkeit einräumt, sich dazu zu äussern (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 19 ff. zu Art. 35 m.H.).

**3.3** Die Begründung der angefochtenen Verfügung ist zwar knapp und summarisch gehalten, es geht daraus aber ohne weiteres hervor, aus welchem Grund die Vorinstanz ein dreijähriges Einreiseverbot erlassen hat, verweist sie doch explizit auf den illegalen Aufenthalt der Beschwerdeführerin im Schengenraum mit Angabe des Ein- und Ausreisedatums und ihrer Wegweisung durch die zuständige Behörde. Damit dürfte ihr der Sachverhalt hinlänglich bekannt gewesen sein. Die Beschwerdeführerin war damit durchaus in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Die erhobene Rüge der Gehörsverletzung erweist sich demnach als unbegründet.

#### 4.

**4.1** Das BFM verfügt Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG (SR 142.20) 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 sodann nach Art. 67 Abs. 2 AuG Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, 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). Die Behörde kann aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

**4.2** Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot bildet 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 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst u.a. die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung u.a. vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Widerhandlungen gegen das Ausländerrecht fallen 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 Einzelfalls ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer C-820/2009 vom 9. März 2011 E. 5 m.H.).

## **5.**

**5.1** Die Vorinstanz stützt das Einreiseverbot – wenn auch nicht explizit – zunächst auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG. Die Beschwerdeführerin habe sich

während mehr als dreissig Tagen über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus illegal im Schengenraum aufgehalten. Damit liege gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung ein ernst zu nehmender Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor.

**5.2** Hierzu lässt die Beschwerdeführerin vorbringen, es bestehe kein Grund für ein Einreiseverbot. Gegen den gegen sie erlassenen Strafbefehl sei bereits Einsprache erhoben worden und es sei davon auszugehen, dass das Verfahren eingestellt werde. Zudem sei sie bei ihrer Anhaltung im Begriff gewesen, die Schweiz freiwillig zu verlassen, was sie nach Entlassung aus der Haft auch getan habe. Damit fehle es an einer begangenen Straftat, welche einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde.

**5.3** Ausländische Personen, die in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, bedürfen für einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen – dies innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach der Einreise – keiner Bewilligung, und sie müssen sich nicht anmelden (bewilligungsfreier Aufenthalt; Art. 10 AuG und Art. 9 Abs. 1 VZAE). Die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AuG müssen während des gesamten bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein (Art. 9 Abs. 2 VZAE). An die Höchstaufenthaltsdauer von 90 Tagen anrechenbar sind dabei Aufenthalte in der Schweiz und im übrigen Schengen-Raum. Das ergibt sich aus dem Vorrang des Schengen-Rechts (Art. 2 Abs. 4 AuG) und der Tatsache, dass sich im Anwendungsbereich des Schengen-Rechts visumpflichtbefreite Drittausländer höchstens 90 Tage *je Zeitraum von 180 Tagen* im Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten frei bewegen dürfen, soweit sie die Einreisevoraussetzungen erfüllen (vgl. Art. 20 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens [SDÜ], Abl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62], zuletzt geändert durch die Verordnung [EU] Nr. 610/2013 ABl. L182 vom 29. Juni 2013).

**5.4** Die Beschwerdeführerin hielt sich vom 25. Juli 2012 bis am 12. November 2013 während 477 Tagen in der Schweiz auf. Sie hat damit, im vollen Bewusstsein über ihr Fehlverhalten, die für einen bewilligungsfreien Aufenthalt zulässige Dauer um mehr als ein Jahr überschritten, ohne sich anzumelden bzw. die erforderliche Bewilligung einzuholen (vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 AuG). Aufgrund dieses Umstands wurde die Beschwerdeführerin mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur-Unterland 13. November 2013 wegen widerrechtlichen Verweilens im Schengenland Schweiz nach Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts von 90 Tagen (vgl.

Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG) zu einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je Fr. 50.- und einer Busse von Fr. 300.- verurteilt. Die strafurteilende Behörde ging dabei von einem Verhalten nach Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG aus. Die Beschwerdeführerin hat dagegen Rechtsmittel erhoben.

**5.5** Die Beschwerdeführerin scheint zu verkennen, dass die Anordnung eines Einreiseverbots, bei dem es sich – wie oben erwähnt – um eine rein präventivpolizeiliche Massnahme handelt (vgl. BGE 129 IV 246 E. 3.a S. 251 f. sowie Urteile des BVGer C-103/2006 vom 8. August 2007 E. 5.1 und C-88/2006 vom 13. Juni 2007 E. 5.1), ohnehin kein (rechtskräftiges) Strafurteil voraussetzt. Entgegen ihrer Ansicht knüpft das Einreiseverbot nämlich nicht an die Erfüllung einer Strafnorm, sondern an das Vorliegen einer Polizeigefahr an. Ob eine solche besteht und wie sie zu gewichten ist, hat die Verwaltungsbehörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifisch ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen. Entsprechend kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren nicht eröffnet bzw. eingestellt wurde oder noch hängig ist (vgl. Urteil des BVGer C-8562/2010 vom 11. Oktober 2012 E. 6.2 mit Hinweis).

**5.6** Vor diesem Hintergrund gilt es als erstellt, dass die Beschwerdeführerin durch den rechtswidrigen Aufenthalt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und unter dem Gesichtspunkt von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG hinreichenden Anlass für die Verhängung einer Fernhaltemassnahme gegeben hat.

## **6.**

**6.1** Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 14. November 2013 wurde die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 64 AuG weggewiesen. Unter Hinweis auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a AuG wurde ihr eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis 16. November 2013 eingeräumt. Dieser Sachverhalt zieht gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG eine Fernhaltemassnahme nach sich.

**6.2** Die Beschwerdeführerin liess diesbezüglich einwenden, da sie die Schweiz sowieso habe verlassen wollen, woran sie jedoch durch die Schweizer Behörden gehindert worden sei, habe sie die Wegweisungsverfügung nicht angefochten. Zudem basiere diese auf der strafrechtlichen Verurteilung, welche nach erhobener Einsprache aufzuheben sein werde. Sodann treffe die Begründung der sofortigen Vollstreckbarkeit

der Wegweisung, wonach bei ihr von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auszugehen sei, nicht zu.

**6.3** Weder das Strafverfahren noch die Wegweisung bilden Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Gleichwohl sei auf Ziff. 2 der Begründung der verfügten Wegweisung hingewiesen. Darin wird das Verhalten der Beschwerdeführerin, nicht ihre strafrechtliche Verurteilung, als Grund für die Wegweisung angegeben. Das Verhalten der Beschwerdeführerin stellt, wie bereits unter E. 5.5 ausgeführt, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, was eine Wegweisung gestützt auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a AuG rechtfertigt. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin erweisen sich daher als unbegründet.

**6.4** Wird die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 AuG sofort vollzogen, so ist gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG grundsätzlich ein Einreiseverbot zu erlassen. Der Vorinstanz kam vorliegend mithin ein stark eingeschränktes Entschliessungsermessen zu (vgl. BBI 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 1); nur in Ausnahmefällen ist von der Verhängung eines Einreiseverbots abzugehen (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG). Demzufolge liegen bei der Beschwerdeführerin auch diesbezüglich hinreichende Gründe für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme vor (vgl. Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG).

## **7.**

**7.1** 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 zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen 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 HÄFELIN/MÜLLER/UHL-MANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 613 ff.).

**7.2** Die Beschwerdeführerin hielt sich während 447 Tagen vorsätzlich rechtswidrig in der Schweiz auf. Vorliegend kann somit nicht von einem leichten Fehlverhalten ausgegangen werden, besteht doch an der Einhaltung von Einreise- und Aufenthaltsvorschriften ein gewichtiges öffentliches Interesse. Dabei liegt insbesondere ein generalpräventiv motiviertes öffentliches Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin vor, dies auch im Sinne einer kontinuierlichen Praxis. Zudem ist eine spezialpräventive



Zielsetzung der Massnahme darin zu sehen, dass sie die Betroffenen ermahnt, inskünftig den für sie geltenden Regeln nachzuleben. In casu erscheint eine Reduktion der Verbotsdauer daher nicht als angezeigt.

**7.3** Aufgrund einer wertenden Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sich das auf drei Jahre befristete Einreiseverbot unter Berücksichtigung der gängigen Praxis in vergleichbaren Fällen als verhältnismässig und angemessen erweist.

#### **8.**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung ferner die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS angeordnet. Die Beschwerdeführerin ist nicht Bürgerin eines Mitgliedstaates der Europäischen Union. Aufgrund der Ausschreibung im SIS ist es ihr untersagt, den Schengen-Raum zu betreten. Der darin liegende Eingriff wird durch die Bedeutung des Falles gerechtfertigt (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO). Zum einen ist aufgrund des Verhaltens der Betroffenen – wie oben ausgeführt – von einer nicht unbeachtlichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszugehen, zum andern hat die Schweiz die Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten zu wahren (vgl. BVGE 2011/48 E. 6.1). Es bleibt den Schengen-Staaten dabei unbenommen, der ausgeschriebenen Person bei Vorliegen besonderer Gründe die Einreise ins eigene Hoheitsgebiet zu gestatten (vgl. auch Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Voraussetzungen für die Ausschreibung im SIS sind demnach ebenfalls erfüllt.

#### **9.**

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

#### **10.**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind durch den am 23. Januar 2014 als Kostenvorschuss einbezahlten Betrag gedeckt.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Akten retour)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Giulia Santangelo

Versand: