

(Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 17. August 1993)

Fremdenpolizei. Fernhaltung unerwünschter Ausländer.

Art. 13 Abs. 1 ANAG. Art. 17 Abs. 4 ANAV. Einreisesperre.

Art. 13 Abs. 1 ANAG sieht mit der groben oder mehrfachen Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Bestimmungen (vgl. Art. 17 Abs. 2 ANAV) und der persönlichen Unerwünschtheit des Ausländers zwei Tatbestände vor, die zu einer Einreisesperre führen können. Die Höchstdauer der Einreisesperre ist im ersten Fall auf drei Jahre beschränkt; im zweiten Fall sieht das Gesetz keine Beschränkung vor.

- Die beiden Konstellationen unterscheiden sich darin, dass im Falle der Unerwünschtheit die konkrete Gefährdung der schweizerischen Rechtsordnung im Vordergrund steht. Ob eine solche vorliegt, hat die rechtsanwendende Behörde aufgrund der gesamten Umstände zu beurteilen. Mit der groben oder mehrfachen Zuwiderhandlung gegen bestimmte gesetzliche Bestimmungen dagegen ist der notwendige Fernhaltegrund ohne weiteres gesetzt.

- Intensität und Häufigkeit von Zuwiderhandlungen gegen bestimmte gesetzliche Bestimmungen im Sinne des Gesetzes können dazu führen, dass der Ausländer gleichzeitig als persönlich unerwünscht gilt. Die Folge ist, dass die Behörde bei der Bemessung der Einreisesperre nicht an die Höchstdauer von drei Jahren gebunden ist. Diese Voraussetzung ist bei der Schlepperei im Sinne von Art. 23 Abs. 2 ANAG regelmässig gegeben, nicht jedoch ohne weiteres bei der Beihilfe zur rechtswidrigen Einreise gemäss Art. 23 Abs. 1 Satz 5 ANAG.

Police des étrangers. Mesure d'éloignement d'un étranger indésirable.

Art. 13 al. 1 LSEE. Art. 17 al. 4 RSEE. Interdiction d'entrée.

L'art. 13 al. 1 LSEE prévoit deux situations pouvant entraîner une interdiction d'entrée, l'une contre les étrangers ayant contrevenu gravement ou à répétées fois à des prescriptions sur la police des étrangers ou à d'autres dispositions légales (cf. art. 17 al. 2 RSEE), l'autre contre des étrangers indésirables. La durée maximale de l'interdiction d'entrée est limitée à trois ans dans le premier cas; dans le second cas la loi ne prévoit aucune limitation.

- Les deux situations se distinguent en ce sens que le cas d'étrangers indésirables suppose au premier chef une mise en danger concrète de l'ordre juridique suisse. Il appartient à l'autorité de décider, sur la base de l'ensemble des circonstances, s'il existe ou non une telle mise en danger. En revanche, dans le cas d'infractions graves ou répétées à certaines dispositions légales le motif de la mesure d'éloignement découle directement de la loi.

- En raison de l'intensité et la fréquence des infractions contre certaines dispositions légales, l'étranger peut simultanément être considéré comme indésirable. La conséquence en est que l'autorité n'est, lors de la fixation de la quotité de l'interdiction d'entrée, pas liée par la durée maximale de trois ans. Si une telle condition apparaît en principe réalisée dans le cadre d'une activité de passeur au sens de l'art. 23 al. 2 LSEE, il n'en va pas systématiquement de même dans le cas d'une aide à une entrée illégale en vertu de l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE.

Polizia degli stranieri. Allontanamento di stranieri indesiderabili.

Art. 13 cpv. 1 LDDS. Art. 17 cpv. 4 ODDS. Divieto d'entrata.

L'art. 13 cpv. 1 LDDS prevede due fattispecie atte a giustificare la pronuncia di un divieto d'entrata: da una parte la contravvenzione grave o ripetuta alle disposizioni di polizia degli stranieri o ad altre disposizioni legali (cfr. art. 17 cpv. 2 ODDS), dall'altra l'indesiderabilità nella persona dello straniero. Nel primo caso la durata massima del divieto d'entrata è di tre anni, nel secondo la legge non prevede alcuna limitazione.

- Le due fattispecie si distinguono fra loro per il fatto che per quel che concerne l'indesiderabilità vien data maggior importanza alla messa in pericolo concreta dell'ordinamento giuridico svizzero. Per verificare se una tale messa in pericolo esiste l'autorità competente deve esaminare l'insieme delle circostanze del caso concreto. Per contro, nel caso di contravvenzione grave o ripetuta a determinate disposizioni legali il motivo alla base della misura d'allontanamento è deducibile direttamente dalla legge.

- In ragione dell'intensità e della frequenza delle contravvenzioni a determinate disposizioni legali, lo straniero può essere contemporaneamente considerato indesiderabile. In tal caso l'autorità non è vincolata alla durata massima di tre anni. Tale presupposto è normalmente adempiuto nel caso di svolgimento di attività quale passatore di cui all'art. 23 cpv. 2 LDDS, non tuttavia sistematicamente nel caso di aiuto all'entrata illegale ai sensi dell'art. 23 cpv. 1 5a frase LDDS.

...

8. Die eidgenössische Behörde kann über unerwünschte Ausländer die Einreisesperre verhängen. Sie kann ferner, jedoch für höchstens drei Jahre, die Einreisesperre verhängen über Ausländer, die sich grobe oder mehrfache Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Bestimmungen und gestützt darauf erlassene behördliche Verfügungen haben zuschulden kommen lassen. Während der Einreisesperre ist dem Ausländer jeder Grenzübertritt ohne ausdrückliche Ermächtigung der verfügenden Behörde untersagt (Art. 13 Abs. 1 des BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG], SR 142.20).

Als «unerwünscht» gelten nach ständiger Praxis Ausländer, deren Vorleben darauf schliessen lässt, dass sie nicht willens oder nicht fähig sind, sich in die geltende Ordnung einzufügen und deren Fernhaltung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. VPB 54.20 sowie Sulger Büel Peter, Vollzug von Fernhalte- und Entfernungsmassnahmen gegenüber Fremden nach dem Recht des Bundes und des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1984 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 352, Bern usw. 1984, S. 79 f., mit weiteren Nachweisen). Damit können praxisgemäss auch Straftaten Anlass für Fernhaltmassnahmen sein.

9. Die Einreisesperre ist eine auf Gefahrenabwehr gerichtete polizeiliche Präventivmassnahme (Hofmann Emil, Die

fremdenpolizeilichen Entfernungs- und Fernhalte-massnahmen, in: Schweizerische Juristenzeitung [SJZ] 67 [1971], S. 285 ff. insb. S. 287 f.). Sie erreicht ihr Ziel auf unterschiedliche Weise. Zum einen und in der Hauptsache wirkt sie exekutorisch, indem sie eine bestehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung beseitigt. Zum anderen wirkt sie verhaltenslenkend; einerseits soll sich der fehlbare Ausländer von ihr beeindruckt lassen, sodass er sich in Zukunft korrekt verhält (edukativer Effekt); andererseits soll von ihrer rechtssatzförmigen Androhung und ihrer konsequenten Anordnung generalpräventive Wirkung ausgehen. Die beiden Konstellationen des Art. 13 Abs. 1 ANAG unterscheiden sich darin, dass in einem Fall die Behörde das Fernhalteinteresse definiert, während im anderen Fall der Gesetzgeber diese Definition in generell abstrakter Weise vorweggenommen hat. Die Behörde hat alsdann nur darauf zu achten, dass ihr Ermessensentscheid im Einzelfall den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips gerecht wird.

Wie aus der exemplarischen Aufzählung im Art. 17 Abs. 4 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV, SR 142.201) hervorgeht (die Verordnung spricht von gewerbe-, sanitäts- und sittenpolizeilichen Vorschriften, sowie von Vorschriften über Zahlungs- und Verrechnungsverkehr, Kriegswirtschaft, Bekämpfung des Schmuggels usw.), handelt es sich bei den gesetzlichen Bestimmungen, deren Verletzung nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG zu einer maximal dreijährigen Einreisesperre führt, um Normen des Polizeirechts. Dabei hatte der Gesetzgeber nicht eine Privilegierung solcher Zuwiderhandlungen gegenüber dem Fernhaltegrund der Unerwünschtheit im Sinn. Das zeigt sich bereits am Umstand, dass Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG im Gegensatz zum Satz 1 nicht an eine konkrete Gefahr anknüpft, sondern unmittelbar an ein bestimmtes Verhalten des Ausländers, und ihn insoweit schlechter stellt. Der wahre Sinn der Gesetzesaussage ist darin zu erblicken, dass Verstösse gegen allgemeine Polizeivorschriften typischerweise zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit führen und einer generalpräventiven Steuerung besonders gut zugänglich sind. Zu der darin begründeten «Abstraktion» vom Einzelfall wird in Gestalt der zulässigen Höchstdauer der Einreisesperre ein Gegengewicht gesetzt.

Das heisst indessen nicht, dass das Vorliegen des Fernhaltegrundes nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG (Zuwiderhandlungen gegen bestimmte gesetzliche Bestimmungen) die Anwendung des Satzes 1 (unerwünschter Ausländer) von vornherein ausschliesst. Zeigt die Häufigkeit oder die Intensität des deliktischen Verhaltens oder das sonstige Verhalten des Ausländers, dass er nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die geltende Ordnung zu halten, so tritt die individuelle Gefahrenabwehr in den Vordergrund. Der Ausländer gilt dann als persönlich unerwünscht, mit der Folge, dass die Behörde bei der Bemessung der Fernhalte-massnahme nicht an die dreijährige Höchstdauer gebunden ist (Hofmann, a.a.O.). Auf der anderen Seite können beim Fernhaltegrund der Unerwünschtheit durchaus Gründe der Generalprävention entscheidend ins Gewicht fallen, wenn über die Einreisesperre und ihre Dauer zu befinden ist.

10. Der Beschwerdeführer wurde wegen Beihilfe zur rechtswidrigen Einreise (Art. 23 Abs. 1 Satz 5 ANAG) rechtskräftig verurteilt. In Anbetracht der Aktenlage sowie den sich widersprechenden Sachverhaltsschilderungen des Beschwerdeführers besteht kein Anlass, von den Feststellungen des Strafrichters abzurücken. Es steht folglich fest, dass der Beschwerdeführer gegen die Verbotsnorm des Art. 23 Abs. 1 Satz 5 ANAG verstossen hat. Da solches Verhalten zweifellos geeignet ist, die fremdenpolizeiliche Ordnung empfindlich zu stören, hat der Beschwerdeführer den Fernhaltegrund der groben Zuwiderhandlung gegen eine fremdenpolizeiliche Bestimmung gesetzt (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG). Es fragt sich, ob er damit ohne weiteres als unerwünscht im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ANAG gilt, wie die Vorinstanz offensichtlich annimmt. Die Folge wäre, dass die Begrenzung der Fernhaltedauer auf drei Jahre nicht gelten würde.

Die Auffassung der Vorinstanz ist abzulehnen. Sie hat zweifellos ihre Berechtigung bei der Schlepperei im engen Sinn, die von Art. 23 Abs. 2 ANAG erfasst ist und einem empfindlich höheren Strafrahmen zur Folge hat. Der Tatbestand des Art. 23 Abs. 1 Satz 5 ANAG jedoch erfasst eine derart breite Palette von Verhaltensweisen mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt - angefangen bei einfacher Gefälligkeits-handlung im Vorbereitungsstadium und Einschleusen eines nahen Familienmitglieds bis hin zur Fälschung von Ausweisen und Vermittlung von professionellen Schlepperorganisationen (vgl. Roschacher Valentin, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 [ANAG], Chur/Zürich 1991, S. 80 ff.) - , dass sich der unmittelbare Schluss auf die Unerwünschtheit des fehlbaren Ausländers verbietet. Ob er unerwünscht ist, kann daher nur gestützt auf die Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Er ist es dann, wenn sein Verhalten darauf schliessen lässt, dass er die öffentliche Ordnung in nicht tragbarer Weise gefährdet.

Im vorliegenden Fall erlaubt die rudimentäre Aktenlage keine Schlüsse auf die näheren Umstände des deliktischen Verhaltens. Die Frage, ob vom Beschwerdeführer eine konkrete Wiederholungsgefahr ausgeht, kann mithin kaum beantwortet werden. Es ist daher zumindest fraglich, ob der Beschwerdeführer als unerwünschter Ausländer im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ANAG betrachtet werden kann. Diese Frage kann indessen offengelassen werden, da der Beschwerdeführer zweifellos den Fernhaltegrund der groben Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Bestimmungen gesetzt hat und die verhängte Sperre die hierfür vorgesehene Höchstdauer von drei Jahren nicht überschreitet.

Dokumente des EJPD