



Abteilung VI
F-3533/2021

Urteil vom 8. März 2023

Besetzung

Richterin Jenny de Coulon Scuntaro (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

B._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch MLaw Matthias Wäckerle, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1998) ist albanischer Staatsangehöriger. Am 19. März 2021 wurde er in Zürich festgenommen, nachdem er einem verdeckten Ermittler eine Portion Heroin von 51.9 Gramm brutto (49.8 Gramm netto; Reinheitsgehalt: 18%; Reinsubstanz: 8.8 Gramm) zu einem Preis von Fr. 1'500.– verkauft hatte (vgl. Anklageschrift in den Akten des Bezirksgerichts Zürich [BezGer-act.] 16).

B.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juli 2021 wurde der Beschwerdeführer des Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. c BetmG (SR 812.121) schuldig gesprochen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 9 Monaten bei einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt. Auf die Anordnung einer fakultativen Landesverweisung wurde entgegen der Anklageschrift verzichtet (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 1/6).

C.

Mit zwei separaten Verfügungen vom 8. Juli 2021 ordnete die Migrationsbehörde gegen den Beschwerdeführer eine sofort vollstreckbare Wegweisung an und nahm ihn in Ausschaffungshaft (SEM-act. 5/13 und 4/12). Beide Verfügungen erwuchsen in Rechtskraft. Am 10. Juli 2021 wurde der Beschwerdeführer nach Albanien ausgeschafft.

D.

Ebenfalls mit Verfügung vom 8. Juli 2021 verhängte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot, gültig von 10. Juli 2021 bis 9. Juli 2023, und ordnete seine Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) an. Einer allfälligen Beschwerde wurde vorsorglich die aufschiebende Wirkung entzogen (SEM-act. 6/15).

E.

Gegen die vorgenannte Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 5. August 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In der Sache beantragte er die ersatzlose Aufhebung des Einreiseverbots. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Rechtsverteiständung durch seinen Rechtsvertreter (Akten des BVGer [Rek-act.] 1).

F.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2021 wurde dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Er wurde von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit, und es wurde ihm in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Rek-act. 10).

G.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 18. November 2021 die Abweisung der Beschwerde (Rek-act. 11).

H.

Der Beschwerdeführer hielt mit Replik vom 3. Dezember 2021 an seinem Rechtsmittel fest (Rek-act. 13).

I.

Mit Zwischenverfügung vom 21. März 2021 wurde das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Rek-act. 17).

J.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

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 zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG).

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 und 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 nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BVGE 2014/1 E. 2).

3.

Grundlage für die angefochtene Massnahme bildet Artikel 67 AIG. Dessen Absätze 1 und 2 sind in der bis am 21. November 2022 geltenden Fassung (AS 2010 5925, 2013 1035) anwendbar (nachfolgend: aAbs.).

3.1 Gemäss Art. 67 aAbs. 1 AIG verfügt das SEM Einreiseverbote gegen weggewiesene Ausländerinnen und Ausländer, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a-c AIG sofort vollstreckt wird (Bst. a) oder diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind (Bst. b). Das SEM kann ferner gemäss Art. 67 aAbs. 2 AIG Einreiseverbote gegen Ausländerinnen und Ausländer verhängen, 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 (Art. 75-78 AIG) genommen worden sind (Bst. c).

Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). Die Anordnung eines Einreiseverbots von mehr als fünf Jahren Dauer ist zulässig, wenn von der ausländischen Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

3.2 Das Einreiseverbot dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBI 2002 3709, 3813, nachfolgend Botschaft zum AuG). Soweit Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG mit

dem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar an vergangenes Verhalten des Betroffenen anknüpft, steht die Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Vordergrund (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. Urteil des BGer 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.). Die Spezialprävention kommt zum Tragen, soweit Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG als alternativen Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Betroffenen selbst nennt. Ob eine solche Gefährdung vorliegt, ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalles im Sinne einer Prognose zu beurteilen, die sich in erster Linie auf das vergangene Verhalten des Betroffenen abstützen muss.

3.3 Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 aAbs. 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 zum AuG, BBl 2002 3709, 3813). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung setzt konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Aufenthalt des Betroffenen in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 77a Abs. 2 VZAE).

4.

4.1 Die Vorinstanz begründet die angefochtene Verfügung damit, dass der Beschwerdeführer von der kantonalen Migrationsbehörde weggewiesen und in Ausschaffungshaft genommen worden sei. Gemäss Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG sei eine Fernhaltemassnahme anzuordnen.

4.2 In der Beschwerdeschrift wird darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz gemäss eigenen Weisungen Art. 62 Abs. 2 und 63 Abs. 3 AIG sinngemäss anwende und kein weiteres Einreiseverbot allein aufgrund einer Straftat verfüge, wenn diese Straftat zu einer Verurteilung geführt und der Strafrichter eine obligatorische oder fakultative Landesverweisung ausgesprochen oder von einer solchen abgesehen habe. Damit werde ein allfälliger Dualismus zwischen den Entscheiden zweier verschiedener Behörden vermieden (Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration, I. Ausländerbereich [Weisungen AIG] vom Oktober 2013, Stand 1. Januar 2021, [nachfolgend: AIG-Weisungen 2021] Ziff. 8.10.1). Bei einem

strafrichterlichen Verzicht auf eine Landesverweisung dürfe das SEM daher ein allfälliges Einreiseverbot nicht auf den Sachverhalt abstützen, der dem Strafurteil zugrunde gelegen habe. Es gelte Analoges wie im Verhältnis zwischen Landesverweisung und Bewilligungswiderruf. Das SEM habe nur dann noch die Möglichkeit, ein Einreiseverbot trotz Verzichts auf eine Landesverweisung anzuordnen, wenn die Gründe für das Einreiseverbot nicht im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung in der Schweiz stünden und ein Abstützen auf Art. 67 aAbs. 1 Bst. a und b oder Abs. 2 Bst. b und c AIG möglich sei oder aber ein ausländisches Strafurteil Grundlage für das Einreiseverbot bilde (AIG-Weisungen 2021 Ziff. 8.4.2.4).

Die Vorinstanz begründe das angefochtene Einreiseverbot mit der gegen ihn verhängten Ausschaffungshaft. Diese stütze sich gemäss Haftanordnung der kantonalen Migrationsbehörde ohne nähere Begründung auf Art. 76 Abs. 1 AIG. Da er sich zuvor nicht in Vorbereitungshaft befunden habe, wie es Art. 76 Abs. 1 Bst. a AIG verlange, könne sich die Ausschaffungshaft nur auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AIG stützen. Die Haftgründe des Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3-5 AIG könnten nämlich – soweit erkennbar – nicht zur Begründung herangezogen werden. Das gleiche gelte für die Haftgründe des Art. 75 Abs. 1 Bst. a- c und f AIG, auf die Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AIG verweise. Da er, der Beschwerdeführer, «nur» wegen eines Vergehens, nicht aber eines Verbrechens verurteilt worden sei, falle auch Art. 75 Abs. 1 Bst. h AIG (i.V.m. Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AIG) als mögliche Begründung der Ausschaffungshaft weg. Die Ausschaffungshaft habe folglich im vorliegenden Fall einzig gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AIG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. g AIG angeordnet werden können.

Gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AIG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. g AIG könne die Ausschaffungshaft einer ausländischen Person angeordnet werden, wenn diese Personen ernsthaft bedrohe oder an Leib und Leben erheblich gefährde und deshalb strafrechtlich verfolgt werde oder verurteilt worden sei. Grundlage für die Anwendung der genannten Norm in tatsächlicher Hinsicht sei somit in der vorliegenden Streitsache gerade jener Sachverhalt, aufgrund dessen das zuständige Strafgericht ihn, den Beschwerdeführer, bereits verurteilt aber wegen überwiegender persönlicher Interessen von einer Landesverweisung abgesehen habe. Wie aufgezeigt, dürften jedoch die Gründe für die Anordnung eines Einreiseverbots bei Verzicht auf eine Landesverweisung nicht im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung in der Schweiz stehen und die Vorinstanz dürfe auf die straf-

gerichtlich beurteilten Sachverhalte kein Einreiseverbot abstützen, da ansonsten der vom Gesetzgeber abgeschaffte Dualismus zwischen den Straf- und Migrationsbehörden wieder eingeführt würde.

An der Feststellung, dass die Vorinstanz nicht befugt gewesen sei, gestützt auf den dem Strafurteil zugrundeliegenden Sachverhalt ein Einreiseverbot zu verfügen, könne auch der Umstand nichts ändern, dass sie das Einreiseverbot formell nicht auf das strafbare Handeln, sondern auf die Anordnung der Ausschaffungshaft gestützt habe. Wenn es sich verbiete, nach strafgerichtlichem Verzicht auf eine Landesverweisung aufgrund des strafgerichtlich beurteilten Sachverhalts gestützt auf Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG ein Einreiseverbot zu erlassen, dann müsse folgerichtig auch der «Umweg» über die Administrativhaft als Grund für das Einreiseverbot (Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG) unzulässig sein, soweit diese im konkreten Einzelfall aufgrund der Straffälligkeit angeordnet worden sei. Andernfalls liesse sich das Verbot des Dualismus über den Weg der Anordnung von Administrativhaft in jedem Fall umgehen. Dass dies weder der Rechtsprechung noch der Absicht des Gesetzgebers entspreche, liege auf der Hand.

4.3 Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, dass eine der wichtigsten Folgen der Wiedereinführung der Landesverweisung die Einschränkung des Dualismus gewesen sei, der zwischen einem Strafurteil, mit dem auf eine Landesverweisung verzichtet werde, und einer Verfügung betreffend Widerruf einer ausländerrechtlichen Bewilligung durch die Migrationsbehörde bestehen könnte. Dieser Grundsatz sei in Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 3 AIG verankert, die als Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a BV [recte: Art. 121 BV] in das AIG eingefügt worden und am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten seien. Sie bezögen sich auf den Widerruf mit Wegweisung gemäss Art. 63 Abs. 1 AIG und dienten der Koordinierung der Verwaltungs- und Strafverfahren beim Erlass aufenthaltsbeendender Massnahmen. Koordinierungsbedarf bestehe aber nur insoweit, als ein Bewilligungswiderruf zur Beendigung des Aufenthalts führen könne, wie dies beim Widerruf der Niederlassungsbewilligung mit Wegweisung gestützt auf Art. 63 Abs. 1 AIG und der Landesverweisung der Fall sei (BGE 2C_667/2020 vom 19. Oktober 2021, wonach das Dualismusverbot bei der Rückstufung nicht gelte), hingegen nicht bei einem Einreiseverbot generell.

Obwohl sich also das Verbot des Dualismus nicht auf das Einreiseverbot beziehe, verfüge das SEM dennoch kein Einreiseverbot einzig gestützt auf eine strafrechtliche Verurteilung, die zur Landesverweisung oder zum Verzicht auf eine solche geführt habe. Schliesslich sei den Materialien nicht zu

entnehmen, dass die Regelung des Art. 63 Abs. 3 AIG auch auf sämtliche Tatbestandselemente des Art. 67 AIG Anwendung finden sollte.

Deshalb prüfe das SEM weiterhin die Möglichkeit eines Einreiseverbots, auch wenn der Strafrichter von einer Landesverweisung absehe, dies insbesondere in Fällen von Art. 67 aAbs. 1 Bst. a AIG (Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 [Rückführungsrichtlinie, ABl. L 348/98 vom 24.12.2008]) und Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG (Administrativhaft). Denn die Gründe für die Anordnung eines Einreiseverbotes stünden in diesen Fällen nicht im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung.

Der Beschwerdeführer sei am 8. Juli 2021 von der kantonalen Migrationsbehörde aus der Schweiz und dem Schengen-Raum weggewiesen worden. Die Migrationsbehörde habe dabei festgehalten, dass angesichts der festgestellten Tatsachen sowie der Aussagen des Beschwerdeführers dessen Aufenthalt in der Schweiz für rechtswidrig befunden worden sei, weshalb er gestützt auf Art. 64 Abs. 1 Bst. a und b AIG sowie Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 und 4 der Rückführungsrichtlinie weggewiesen werde. Aufgrund seiner massiven Straffälligkeit, so die kantonale Migrationsbehörde, rechtfertige sich zudem der sofortige Vollzug der Wegweisung. Der Beschwerdeführer sei daher gestützt auf Art. 64d Abs. 2 AIG sofort weggewiesen worden. Die Rückführungsrichtlinie sei auch bei einer strafrechtlichen Landesverweisung (bzw. bei einer bewussten Nichtanwendung dieser) anwendbar, da die Schweiz diese nicht von der Anwendung dieser Richtlinie ausgeschlossen habe (vgl. Art. 2 Ziff. 2 Bst. b Rückführungsrichtlinie). Das Verbot des Dualismus könne hier also keine Anwendung finden.

Der Beschwerdeführer sei sodann unbestrittenermassen als Kriminaltourist in die Schweiz eingereist und hier straffällig geworden. Wie bereits die kantonale Migrationsbehörde in ihrer Wegweisungsverfügung festgestellt habe, habe sich der Beschwerdeführer durch sein strafbares Verhalten gleichzeitig aus rein ausländerrechtlicher Sicht rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten (Art. 5 Abs. 1 Bst. c, Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG, Art. 6 Abs. 1 Bst. e der Verordnung [EU] 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 [Schengener Grenzkodex, SGK, ABl. L 77/1 vom 23.3.2016]), womit er gegen die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften der Schweiz bzw. gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe. Es könne dem Beschwerdeführer demnach vorgehalten werden, dass er sich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten habe. Der rechtswidrige Aufenthalt – und damit der Vermutungsbasis für die Annahme einer

Gefahr künftiger Verletzungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG – sei von der kantonalen Migrationsbehörde unabhängig von den Strafverfolgungsbehörden mit rechtskräftiger Wegweisungsverfügung vom 8. Juli 2021 festgestellt worden.

Mit der sofort vollziehbaren Wegweisung und Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Bestimmungen lägen zwei rein ausländerrechtliche Gründe vor, die entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme rechtfertigten.

Des Weiteren habe die kantonale Migrationsbehörde gegenüber dem Beschwerdeführer ebenfalls am 8. Juli 2021 in Anwendung von Art. 76 Abs. 1 AIG die Ausschaffungshaft verfügt. Gegen ausländische Personen, die in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden seien, könne das SEM gestützt auf Art. 67 aAbs. 1 Bst. c ein Einreiseverbot verhängen. In der Beschwerde werde argumentiert, dass im vorliegenden Fall die Administrativhaft einzig aufgrund der Straffälligkeit des Beschwerdeführers angeordnet worden sei. Wenn es nun verboten sei, nach einem strafrichterlichen Verzicht auf die Landesverweisung aufgrund jener Verurteilung gestützt auf Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG ein Einreiseverbot zu erlassen, müsse dies folgerichtig auch gelten für den «Umweg» über die Administrativhaft als Grund für das Einreiseverbot, soweit diese wegen der Straffälligkeit verfügt worden sei.

Dieser Rechtsauffassung könne nicht zugestimmt werden. Wie in der Beschwerde ebenfalls festgehalten werde, stütze sich die Haftanordnung vom 8. Juli 2021 allgemein auf Art. 76 Abs. 1 AIG. Aus Sicht des SEM kämen auch Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AIG als Haftgründe in Frage. Die Ausschaffungshaft sei damit klarerweise nicht (nur) aufgrund der Betäubungsmitteldelikte des Beschwerdeführers angeordnet worden. Aber selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte das SEM nach wie vor die Möglichkeit, das Einreiseverbot auf die Anordnung der Ausschaffungshaft zu stützen (vgl. AIG-Weisungen 2021 Ziff. 8.4.2.5). Ein Widerspruch zwischen Administrativ- und Strafverfahren sei nicht ersichtlich. Schliesslich stelle der Tatbestand Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG neben Bst. a (Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung) einen eigenständigen Grund für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme dar.

Das SEM habe folglich mit dem Erlass eines Einreiseverbotes gegen den Beschwerdeführer das Dualismusverbot nicht umgangen.

4.4 Nach Auffassung des Beschwerdeführers in seiner Replik vermag die Vorinstanz seiner Argumentation in der Beschwerdeschrift nichts Stichhaltiges entgegenzuhalten. Sie anerkenne die Anwendung des Dualismusverbots im Bereich des Einreiseverbots, vermöge jedoch nicht zu erhellen, auf welchen vom Strafurteil unabhängigen Lebenssachverhalt sich das streitbetroffene Einreiseverbot stützen könne. Die angefochtene Verfügung verletze daher das Dualismusverbot.

Zur Wegweisung als möglicher Grundlage für das Einreiseverbot nach Massgabe von Art. 67 aAbs. 1 Bst. a AIG führt der Beschwerdeführer aus, dass die angefochtene Verfügung noch ausdrücklich mit der Ausschaffungshaft begründet sei und sich mithin nicht auf Art. 67 aAbs. 1 Bst. a AIG, sondern auf Abs. 2 Bst. c desselben Artikels stütze. Die Argumentation der Vorinstanz dringe jedoch auch aus einem anderen Grund nicht durch. Wie die Vorinstanz zu Recht festhalte, sei er, der Beschwerdeführer, aus der Schweiz weggewiesen worden, weil er in der Schweiz wegen Heroinhandels gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und daher die Einreisevoraussetzung nicht mehr erfüllt habe. Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 Bst. a AIG sei er daher weggewiesen worden, wobei die kantonale Migrationsbehörden die sofortige Vollstreckbarkeit mit seiner «massiven Straffälligkeit» begründete. Die Wegweisung sei mithin gestützt auf die im Strafurteil vom 7. Juli 2021 festgestellte Straffälligkeit ausgesprochen worden, womit sich auch das mit der sofortigen Wegweisung begründete Einreiseverbot (mittelbar) auf den strafgerichtlich beurteilten Sachverhalt abstütze. Es könne folglich keine Rede davon sein, dass das Einreiseverbot nicht im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung stehe und deshalb dem Dualismusverbot nicht zuwiderlaufe.

Die Vorinstanz führe weiter aus, er habe sich «durch sein strafbares Verhalten gleichzeitig aus rein ausländerrechtlicher Sicht rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten». Was die Vorinstanz damit meine, könne offenbleiben, zumal sie sich ausdrücklich auf das mit Strafurteil behandelte strafbare Verhalten berufe und mithin das Einreiseverbot nicht vom strafrechtlich behandelten Sachverhalt abzulösen vermöge.

Zur Ausschaffungshaft als Grundlage für das Einreiseverbot gemäss Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG halte die Vorinstanz dafür, diese könne sich allenfalls auch auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AIG stützen. Sie begründe jedoch nicht, inwiefern er, der Beschwerdeführer, jene Tatbestände konkret erfüllt habe. Es ist denn auch nicht erkennbar, inwiefern von einer

«Untertauchensgefahr» im Sinne der genannten Bestimmung ausgegangen werden könne. Er, der Beschwerdeführer, sei weder jemals untergetaucht, noch habe er in irgendeiner Form versucht, den Vollzug der Wegweisung zu erschweren. Vielmehr habe er sowohl anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Haftenahme als auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. Juli 2021 vor dem Bezirksgericht Zürich ausdrücklich erklärt, dass er so schnell wie möglich nach Albanien zurückkehren möchte, da er sich unter anderem um seine krebskranke Mutter kümmern müsse. Eine Untertauchensgefahr daher sei klar zu verneinen.

Entsprechend sei auch schon in der Beschwerdeschrift ausgeführt worden, dass sich Ausschaffungshaft in seinem Fall nur auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AIG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. g AIG stützen lasse. Wie bereits in der Beschwerdeschrift ausgeführt, stelle die tatbeständliche Grundlage der genannten Bestimmung eben jener Sachverhalt dar, aufgrund dessen er vom Bezirksgericht Zürich unter gleichzeitigem Verzicht auf eine Landesverweisung verurteilt worden sei. Das Einreiseverbot stütze sich damit auch in dieser Variante zumindest mittelbar auf den strafrechtlich beurteilten Sachverhalt, weshalb das Dualismusverbot verletzt werde.

5.

5.1 Am 1. Oktober 2016 sind im Zuge der Umsetzung des mit der Annahme der Ausschaffungsinitiative geschaffenen Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV die Bestimmungen über die obligatorische und fakultative Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB) in Kraft getreten. Gleichzeitig wurden Art. 62 Abs. 2 AIG und Art. 63 Abs. 3 AIG eingeführt, die den Widerruf von Bewilligung (und anderer Verfügungen nach dem AIG) für unzulässig erklären, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat. Damit sollte vermieden werden, dass der unter dem früheren Recht bestehende Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf wieder eingeführt wird. Der ausländerrechtliche Widerruf ist daher unzulässig, wenn er allein gestützt auf ein Delikt erfolgt, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 6046).

5.2 Eine vergleichbare Regelung der Zulässigkeit eines Einreiseverbots kennt das AIG nicht. Verfügt jedoch eine straffällige ausländische Person über einen Aufenthaltstitel in der Schweiz, der aufgrund Art. 62 Abs. 2 AIG

bzw. Art. 63 Abs. 3 AIG nicht widerrufen werden kann, dann ist im Sinne einer Reflexwirkung auch ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG unzulässig. Denn eine ausländische Person mit einem gültigen Aufenthaltstitel kann ohnehin nicht mit einem Einreiseverbot belegt werden. Auf die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die betroffene Person keinen Aufenthaltstitel besitzt, lässt sich dem AIG weder unmittelbar noch mittelbar eine Antwort entnehmen. In seinem zur Publikation bestimmten Grundsatzurteil F-1776/2019 vom 16. November 2022 nahm sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Frage im Kontext der fakultativen Landesverweisung nach Art. 66a^{bis} StGB an. Es erkannte eine echte Gesetzeslücke (E. 5 und 6.1-6.2 m.H), die es modo legislatoris unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele – der Vermeidung des Dualismus und der Verschärfung der bestehenden Praxis gegenüber straffälligen Ausländerinnen und Ausländern – durch eine differenzierte Regelung schloss. Diese stellt sich wie folgt dar:

Der implizite Verzicht auf eine fakultative Landesverweisung in dem Sinne, dass die Staatsanwaltschaft den Fall mit einem Strafbefehl erledigt oder das Strafgericht diese Frage in seinem Urteil nicht behandelt, obwohl es dazu befugt wäre, bindet das SEM nicht (Urteil F-1776/2019 E. 6.4 m.w.H.).

Bei einem expliziten Verzicht ist zu unterscheiden. Ergeht er im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens, wird das SEM ebenfalls nicht gebunden, da der Staatsanwaltschaft nach geltendem Recht (Art. 352 Abs. 2 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]) die Zuständigkeit fehlt, eine Landesverweisung anzuordnen (Urteil 1776/2019 E. 6.5; vgl. auch Urteil des BGer 2c_728/2021 vom 2. März 2022 E. 5).

Verzichtet dagegen ein Strafgericht explizit auf eine fakultative Landesverweisung, verliert das SEM die Zuständigkeit, für dasselbe Delikt ein Einreiseverbot von drei Jahren oder mehr zu verhängen. In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass das Strafgericht eine fakultative Landesverweisung gemäss Art. 66a^{bis} StGB nur für die Dauer von drei bis fünfzehn Jahren erlassen darf, das SEM jedoch befugt ist, Einreiseverbote von weniger als drei Jahren Dauer anzuordnen. Bestimmte Straftaten erfordern zwar ihrer Natur nach eine Fernhaltemassnahme, ihre Dauer muss jedoch in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes unterhalb der Schwelle von drei Jahren liegen. Das ist beispielsweise der Fall bei Überschreitung der Gültigkeitsdauer eines Schengen-Visums oder bei anderer Zuwiderhandlungen gegen das AIG, wenn das öffentliche Interesse durch die Umstände des Einzelfalls relativiert werden. In solchen Konstellationen kann ein ausdrücklicher Verzicht des Strafrichters das SEM nicht binden,

denn das Strafgericht wäre von Gesetzes wegen ohnehin nicht befugt gewesen, eine Landesverweisung von weniger als drei Jahren Dauer auszusprechen (Urteil F-1776/2019 E. 6.5 m.w.H.).

6.

6.1 Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juli 2021 des Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. c BetmG – Verkauf von 8.8. Gramm reines Heroin – schuldig gesprochen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 9 Monaten bei einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt. Auf eine gemäss Art. 66a^{bis} StGB mögliche, fakultative Landesverweisung verzichtete das Bezirksgericht ausdrücklich. In Anbetracht der Art der Delinquenz – Verkauf von harten Drogen –, der empfindlichen Freiheitsstrafe von 9 Monaten und der Tatsache, dass es der Beschwerdeführer als typischer Kriminaltourist ohne Bezug zur Schweiz straffällig wurde, wäre auf der Grundlage von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG (Fernhaltegrund der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) mit einiger Sicherheit ein Einreiseverbot von drei Jahren oder mehr angeordnet worden, hätte sich das Bezirksgericht nicht zur Landesverweisung geäußert (vgl. zum Vergleich etwa Urteil des BVGer F-2404/2017 vom 24. April 2018). In dieser Situation durfte die Vorinstanz das abgeurteilte Delikt nicht zum Anlass nehmen, gegen den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG ein Einreiseverbot gleich welcher Dauer zu verhängen. Wollte man der Vorinstanz eine Restzuständigkeit für ein Einreiseverbot von weniger als drei Jahren Dauer belassen, wäre der Umgehung des Dualismusverbots Tür und Tor geöffnet.

6.2 Die angefochtene Verfügung nimmt denn auch zu Recht nicht das strafbare Verhalten des Beschwerdeführers zum Anlass, um dem Beschwerdeführer den Fernhaltegrund einer Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG entgegenzuhalten. Sie nennt als Fernhaltegrund allein den in Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG genannten Fernhaltegrund der Ausschaffungshaft im Sinne von Art. 76 AIG. Im Rahmen ihrer Vernehmlassung schiebt die Vorinstanz weitere, ihrer Auffassung nach valable Gründe für die Anordnung des Einreiseverbots nach. Sie verweist darauf, dass der Aufenthalt des Beschwerdeführers als Folge seiner Delinquenz rechtswidrig geworden sei. Deswegen sei er von der kantonalen Migrationsbehörde weggewiesen worden, wobei ihm wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung keine Ausreisefrist gesetzt worden sei. Damit seien die Fernhaltegründe des Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG – Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Missachtung ausländerrechtlicher Bestimmungen –

und des Art. 67 aAbs. 1 Bst. a AIG – Wegweisung, die nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a-c sofort vollstreckt wird – gegeben.

6.3 Ist es dem SEM jedoch unter dem Gesichtspunkt von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG verwehrt, einen strafgerichtlich abgeurteilten Sachverhalt zum Anlass für ein Einreiseverbot zu nehmen, wie es vorliegend der Fall ist, dann muss es ihm auch verwehrt sein, gegen die betroffene ausländische Person ein Einreiseverbot zu verhängen, weil sie in Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG genommen wurde bzw. weil die kantonale Migrationsbehörde gegen sie eine Wegweisung verfügte, die gestützt auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a-c AIG für sofort vollstreckbar erklärt wurde, sofern die Ausschaffungshaft und die Anordnung der sofortigen Vollstreckbarkeit ihrerseits auf dem strafgerichtlich abgeurteilten Sachverhalt beruhen. Es ist mit anderen Worten ohne Bedeutung, ob sich das SEM zur Rechtfertigung des Einreiseverbots unmittelbar oder mittelbar auf den strafrichterlich abgeurteilten Sachverhalt bezieht. Soweit das Dualismusverbot überhaupt zum Tragen kommt, schliesst es beides aus. Andernfalls würde dem Dualismusverbot jede Wirksamkeit genommen werden.

6.4 Im vorliegenden Fall stützt sich die Haftanordnung der kantonalen Migrationsbehörde allgemein auf Art. 76 Abs. 1 AIG, ohne einen dort aufgeführten Haftgründe zu nennen. Entgegen der Vorinstanz, die in ihrer Vernehmlassung als mögliche Haftgründe Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AIG zur Diskussion stellt, geht das Bundesverwaltungsgericht mit dem Beschwerdeführer darin einig, dass unter den gegebenen Umständen als Haftgrund allein Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. g AIG in Frage kommt. Gemäss dieser Bestimmung kann eine Person zur Sicherstellung des Vollzugs in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn nebst anderen Voraussetzungen die betroffene Person, andere Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist. In der vorliegenden Streitsache kann das nur das strafrechtlich geahndete Verhalten des Beschwerdeführers sein, dem das Strafgericht die Rechtsfolge einer fakultativen Landesverweisung gerade nicht gab. Das gegen den Beschwerdeführer erlassene Einreiseverbot kann daher nicht mit dem Fernhaltegrund des Art. 67 aAbs. 2 Bst. c AIG begründet werden.

6.5 Gleiches gilt für den Entscheid der kantonalen Migrationsbehörde, die Wegweisung des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a AIG für sofort vollstreckbar zu erklären. Die von der genannten Bestimmung verlangte «Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung»

erblickt die kantonale Migrationsbehörde in der «massiven Straffälligkeit» des Beschwerdeführers. Unter den gegebenen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass damit auf den strafrichterlich abgeurteilten Sachverhalt Bezug genommen wird. Das gegen den Beschwerdeführer erlassene Einreiseverbot kann sich somit entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nicht auf Art. 67 aAbs. 1 Bst. a AIG stützen.

6.6 In Bezug auf Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen geht das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis mit der Vorinstanz einig. Es ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass ausländische Personen für eine rechtmässige Einreise in die Schweiz eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen müssen (Art. 5 AIG; Art. 3 Abs. 1 VEV i.V.m. Art. 6 SGK, Art. 4 Abs. 1 VEV). Ihr nachfolgender Aufenthalt ist oder wird rechtswidrig, wenn sie die Einreisevoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllen (Art. 64 Abs. 1 Bst. b AIG; Art. 9 Abs. 2 VZAE). Zu den Einreisevoraussetzungen gehört, dass von der ausländischen Person keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (Art. 5 Abs. 1 Bst. c AIG; Art. 6 Abs. 1 Bst. e SGK). Daraus folgt, dass die Einreise des Beschwerdeführers, der unbestrittenermassen zur Verübung von Straftaten in die Schweiz eingereist ist und diese Absicht auch verwirklicht hat, genauso rechtswidrig war wie der nachfolgende Aufenthalt in der Schweiz. Da die Verletzung von ausländerrechtlichen Bestimmungen nicht Gegenstand des Strafverfahrens bildete, war die Vorinstanz durch den expliziten Verzicht des Strafgerichts auf eine fakultative Landesverweisung nicht gebunden. Mit dem entsprechenden Verhalten des Beschwerdeführers liegt mit anderen Worten eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG vor, die ein Einreiseverbot ohne Verletzung des Dualismusverbots rechtfertigen kann.

7.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer in Gestalt von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG – Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch illegale Einreise und illegalen Aufenthalt – einen Fernhaltegrund gesetzt hat, auf den sich ein Einreiseverbot ohne Verletzung des Dualismusverbots stützen kann.

8.

8.1 Den Entscheid über die Anordnung und die zeitliche Bemessung eines Einreiseverbots legen Art. 67 aAbs. 2 und 3 AIG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz

der Verhältnismässigkeit zu (Art. 96 AuG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

8.2 Die vom Beschwerdeführer zu verantwortende Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründet ein relevantes öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung. Irgendwelche private Interessen an von einem Einreiseverbot nicht behinderten Reisen in die Schweiz sind weder ersichtlich noch ergeben sie sich aus den Akten.

8.3 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht daher zum Ergebnis, dass das von der Vorinstanz verhängte, auf zwei Jahre bemessen Einreiseverbot eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

9.

Die Ausschreibung des Beschwerdeführers im SIS II zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung wird zu Recht nicht beanstandet. Sie steht in Übereinstimmung mit Art. 2, Art. 3 Bst. d, Art. 21 und Art. 24 Ziff. 1 und 3 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) und ist zu bestätigen.

10.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

11.

11.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wäre der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2021 hat das Bundesverwaltungsgericht dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG stattgegeben. Demzufolge ist der Beschwerdeführer von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit.

11.2 Das Gericht setzt die Entschädigung für die amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte aufgrund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Mit Kostennote vom 6. Februar 2023 stellte der zum Rechtsbeistand bestellte Anwalt des Beschwerdeführers Kosten von insgesamt Fr. 4'812.25 in Rechnung (Zeitaufwand vom 14.75 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 300.–, ausmachend Fr. 4'425.–, Auslagen von Fr. 43.20, 7.7 % MwSt. auf Fr. 4'468.20, ausmachend Fr. 344.05). Während die Höhe des Stundenansatzes und der Auslagen zu keinen Beanstandungen Anlass geben, erscheint Zeitaufwand angesichts der Vorbefassung des Rechtsvertreters mit der Sache des Beschwerdeführers und des aktenkundigen Aufwands als zu hoch. Er ist auf 10 Stunden zu reduzieren. Das Honorar ist dementsprechend auf Fr. 3'277.55 festzusetzen (Zeitaufwand vom 10 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 300.–, ausmachend Fr. 3'000.–, Auslagen von Fr. 43.20, 7.7 % MwSt. auf 3'043.20, ausmachend 234.35). Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er dem Gericht das amtliche Honorar zu vergüten (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

12.

Dieses Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werde keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand, Rechtsanwalt Matthias Wäckerle, wird zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 3'277.55 zugesprochen.

Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er diesen Betrag dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Jenny de Coulon Scuntaro

Julius Longauer

Versand: