



Abteilung III
C-3031/2010

Urteil vom 23. Februar 2012

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler,
Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

Parteien

O._____,
vertreten durch lic. iur. Veronika Imthurn, Rechtsanwältin,
Stadthausstrasse 53, Postfach 142, 8402 Winterthur,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Aufgrund einer Baustellenkontrolle in H._____ durch die Arbeitskontrolle Zürich wurde die Kantonspolizei Zürich am 22. März 2010 an die genannte Baustelle aufgeboten. Dabei wurde nebst acht lettischen Staatsangehörigen der Beschwerdeführer (geb. 1956), russischer Staatsangehöriger mit lettischem Aufenthaltstitel, angehalten. Da er weder Aufenthalts- noch Arbeitsbewilligung vorweisen konnte, wurde er verhaftet und zwecks weiterer Abklärungen dem Polizeiposten H._____ zugeführt.

B.

Anlässlich der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich vom 23. März 2010 gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, am 12. oder 13. Januar 2010 mit weiteren Arbeitskollegen im eigenen Auto von Lettland, wo sich seine Familie aufhalte, in die Schweiz eingereist zu sein. Er habe für ein lettisches Unternehmen an einem Bauprojekt in der Schweiz gearbeitet und darauf vertraut, dass sein Arbeitgeber die entsprechenden Bewilligungen einholen würde. Er bedaure den Fehler und sehe ein, dass er sich persönlich um eine Bewilligung hätte bemühen müssen.

Im Rahmen der Einvernahme wurde dem Beschwerdeführer die Verhängung einer Fernhaltemassnahme durch die zuständige Behörde in Aussicht gestellt und im Sinne des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

C.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 23. März 2010 wurde der Beschwerdeführer wegen illegaler Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. c des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20), vorsätzlich begangen im Zeitraum vom 12./13. Januar 2010 bis am 22. März 2010, schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu Fr. 30.- verurteilt. Da der Beschwerdeführer nicht vorbestraft war, wurde eine erneute Straffälligkeit ausgeschlossen und der Vollzug der Geldstrafe bedingt aufgeschoben, bei einer Probezeit von 2 Jahren. Der Strafbefehl erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Mit Entlassungsbefehl vom 23. März 2010 wurde der Beschwerdeführer aus der Haft entlassen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zugeführt, welches am 24. März 2010 die Wegweisung innerhalb von 48 Stunden verfügte. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

D.

Am 24. März 2010 verhängte die Vorinstanz über den Beschwerdeführer ein zweijähriges Einreiseverbot. Die Massnahme wurde damit begründet, der Beschwerdeführer habe durch den illegalen Aufenthalt und die illegale Erwerbstätigkeit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Verfügung wurde dem Beschwerdeführer gleichentags gegen Empfangsbestätigung ausgehändigt.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 22. April 2010 an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, welche unter Fristwahrung zuständigkeitshalber an das Bundesverwaltungsgericht weitergeleitet wurde (Eingang: 29. April 2010; vgl. Art. 8 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]) lässt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Einreiseverbots, eventualiter eine angemessene Reduktion der Dauer beantragen. Zur Begründung bringt die Parteivertreterin im Wesentlichen vor, der Beschwerdeführer sowie weitere Bauarbeiter mit lettischer Staatsangehörigkeit seien am 21. März 2010 in die Schweiz eingereist, um im Auftrag der Arbeitgeberfirma mit Sitz in Riga auf einer Baustelle in Wetzikon zu arbeiten. Keiner dieser Bauarbeiter habe über eine Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung verfügt. Zwar habe der Arbeitgeber am 6. Januar 2010 das entsprechende Gesuch beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich eingereicht, wo dieses am 16. Februar 2010 eingegangen sei. Doch sei das Gesuch nicht vollständig gewesen und retourniert worden. So habe das kantonale Migrationsamt die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung erst am 9. April 2010 verfügt. Das Fehlen einer entsprechenden Bewilligung werde nicht bestritten, jedoch sei der Beschwerdeführer gegenüber seinen lettischen Arbeitskollegen ungleich behandelt worden, indem lediglich gegen ihn ein Einreiseverbot verfügt worden sei. Im Weiteren habe er keine Gelegenheit gehabt, sich zur Fernhaltemassnahme zu äussern, was eine krasse Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Als Beweismittel werden unter Anderem eine Kopie des Gesuchs um Einreise- und Arbeitsbewilligung an das kantonale Migrationsamt, datiert vom 9. bzw. 11. Januar 2010 sowie Kopien des Passes und der lettischen unbefristeten Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu den Akten gereicht.

F.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 8. Juli 2010 die

Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer sei rechtskräftig verurteilt worden, was praxisgemäss ein Verstoss gegen Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG (zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5437) darstelle. Das rechtliche Gehör sei ihm anlässlich der Befragung durch die Kantonspolizei Zürich vom 23. März 2010 gewährt worden. Die ungleiche Behandlung gegenüber den Arbeitskollegen ergebe sich aus dem Umstand, wonach sich diese als lettische Staatsangehörige auf das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA, SR 0.142.112.681]) berufen könnten.

G.

Mit Replik vom 12. Oktober 2010 hält die Parteivertreterin unter Verweis auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-7549/2008 und C-7750/2008 vom 23. August 2010 an Beschwerde und Begründung fest. Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers rechtfertige eine Fernhaltungsmassnahme nur, wenn ihr Unrechtsgehalt eine gewisse qualitative und quantitative Schwere erreiche.

H.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, 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. Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

1.4. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [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 2011/1 E. 2 mit Hinweis).

3.

In formeller Hinsicht rügt die Parteivertreterin die Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem der Beschwerdeführer vor Anordnung der Massnahme keine Gelegenheit gehabt habe, sich dazu zu äussern. Diesbezüglich ist folgendes festzuhalten: Anlässlich der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich vom 23. März 2010 wurde der Beschwerdeführer auf die allfällige Verfügung einer Fernhaltemassnahme durch die zuständige Behörde aufmerksam gemacht und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme. Das rechtliche Gehör wurde damit gewährt und die diesbezügliche Rüge erweist sich als unbegründet.

4.

4.1. Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung von Art. 67 AuG in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 nun

gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann nach Art. 67 Abs. 2 AuG sodann gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen werden mussten (Art. 67 Abs. 2 Bst. c). 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). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz bei der Ansetzung von Fernhaltemassnahmen ist in der vorliegenden Konstellation mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art 67 Abs. 3 AuG in fine sowie erwähntes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2482/2009 vom 28. Januar 2011 E. 6. 2 in fine). Zudem bleibt die Rechtsänderung im Falle des Beschwerdeführers ohnehin ohne Relevanz, da der ursprüngliche Art. 67 Abs. 1 Bst. a mit dem neuen Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG identisch ist.

4.2. 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 unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch Art. 80 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] sowie RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 13 mit Hinweisen). Somit kann – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – eine

Zu widerhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen, als Teil der objektiven Rechtsordnung, ein Einreiseverbot nach sich ziehen, jedoch nicht als Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern als Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. BBI 2002 3813).

4.3. In Bezug auf die Verfehlungen, derentwegen der Beschwerdeführer ausländerrechtlich belangt wurde, gilt zudem allgemein, dass für die Verhängung eines Einreiseverbots kein vorsätzlicher Verstoss erforderlich ist. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei den zuständigen Stellen zu informieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4639/2010 vom 15. Februar 2011 E. 5.3. mit Hinweis).

5.

Der Beschwerdeführer wurde wegen Wiederhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG (nicht bewilligte Erwerbstätigkeit) am 23. März 2010 strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen. Gemäss unangefochten gebliebenem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland hat er im Zeitraum zwischen 12./13. Januar 2010 und 22. März 2010 als Bauarbeiter in der Schweiz gearbeitet, ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen. Diesbezüglich ist der Beschwerdeführer geständig. Indessen kann er belegen, dass sein Arbeitgeber die notwendige Aufenthaltsbewilligung - zwar zu spät - beantragt hatte. Damit wäre seine Erwerbstätigkeit vorderhand in einem legalen Rahmen geplant gewesen. Die Verletzung der ausländerrechtlichen Normen ist damit Folge eines pflichtwidrigen Unterlassens, was die Wahrscheinlichkeit einer wiederholten Verletzung gering erscheinen lässt. Insgesamt erfüllt dieses Verhalten dennoch die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG, zumal - wie oben (vgl. E. 5.3) ausgeführt - auch die fahrlässige Verletzung sanktioniert wird. Damit sind grundsätzlich die Voraussetzungen für die Anordnung eines Einreiseverbots erfüllt.

6.

6.1. Es bleibt zu prüfen, ob die angeordnete 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 vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. 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 ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich / St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

6.2. Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet die Missachtung ausländerrechtlicher Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt. Ebenso ist die subjektive Seite, nämlich die Nachlässigkeit ausländerrechtlichen Vorschriften gegenüber, nicht zu bagatellisieren.

6.3. Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen (die Möglichkeit der ungehinderten Einreise in die Schweiz) führt zum Ergebnis, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot sowohl vom Grundsatz her als auch in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

7.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt; sie ist auch angemessen (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

8.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).0

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 700.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem am 26. Mai 2010 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. 16231764.4 retour)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ad ZH 1.565.456)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Giulia Santangelo