



Urteil vom 28. Mai 2019

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiberin Ulrike Raemy.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Kristina Herenda,
Herenda Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Am 10. Dezember 2018 erliess die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland gegen die Beschwerdeführerin, eine kosovarisch-albanische Doppelbürgerin, einen Strafbefehl wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigen Aufenthalts sowie Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung. Ihr wurde vorgeworfen, per Flugzeug von England her kommend in die Schweiz eingereist und in einem Club im Kanton Zürich als Sängerin aufgetreten zu sein, ohne über die erforderliche Bewilligung zu verfügen (Akten der Vorinstanz [nachfolgend SEM-act.] 3/125-128). Gleichentags ordnete das kantonale Migrationsamt die sofortige Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz an (vgl. SEM-act. 4/129-131). Zuvor war ihr anlässlich der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Wegweisung aus der Schweiz und zu einer möglichen Fernhalte-massnahme gewährt worden (Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [ZH-act.] 34).

B.

Ebenfalls am 10. Dezember 2018 verhängte das SEM ein zweijähriges Einreiseverbot und ordnete dessen Ausschreibung im Schengener Informationssystem SIS II an (mit Wirkung für das gesamte Gebiet der Schengen-Staaten). Einer allfälligen Beschwerde entzog die Vorinstanz vorsorglich die aufschiebende Wirkung.

C.

Mit Beschwerde vom 8. Januar 2019 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und das Absehen vom Einreiseverbot. Sie habe ihren Ferienaufenthalt in der Schweiz lediglich für einen freundschaftlichen Besuch bei ihrem ehemaligen Arbeitgeber (dem Clubinhaber) und einen Besuch seines Clubs nutzen wollen. Sie habe weder für ihr Erscheinen im Club noch ihren spontanen Kurzauftritt ein Entgelt erhalten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (BVGer-act. 1).

D.

Mit Zwischenverfügung vom 22. Januar 2019 wies der zuständige Instruk-tionsrichter das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (BVGer-act. 3).

E.

In seiner Vernehmlassung vom 28. Februar 2019 schloss das SEM auf Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 6). Zur Begründung führte es unter anderem aus, es habe sich in der angefochtenen Verfügung weder auf den Strafbefehl gestützt noch der Beschwerdeführerin eine massive Straffälligkeit vorgehalten.

F.

Replikweise hielt die Beschwerdeführerin am 22. März 2019 an ihren materiellen Anträgen fest (BVGer-act. 8).

G.

Am 23. April 2019 verfügte die Vorinstanz die Suspension des Einreiseverbots für die Dauer vom 8. Juni 2019 bis 13. Juni 2019, um der Beschwerdeführerin zu erlauben, einer gerichtlichen Vorladung in der Schweiz nachzukommen (BVGer-act. 10). Zur Replik liess sie sich nicht vernehmen.

H.

Auf den weiteren Akteninhalt – einschliesslich der am 30. April 2019 beigezogenen kantonalen Akten – 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 (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streitsache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht 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.

Am 1. Januar 2019 ist die Teilrevision des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) in Kraft getreten (AS 2018 3171). Dabei wurde der Titel des Gesetzes in „Ausländer- und Integrationsgesetz“ (AIG) umbenannt. Das Gericht verwendet ab diesem Zeitpunkt die neue Bezeichnung, da die im vorliegenden Urteil behandelten wesentlichen Bestimmungen nicht geändert wurden (vgl. dazu und zum Folgenden Urteil des BVGer F-1186/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2). Analoges gilt für die Bestimmungen der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

4.

4.1 Gestützt auf Art. 67 Abs. 2 AIG kann gegenüber ausländischen Personen ein Einreiseverbot verfügt werden, 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 genommen werden mussten (Bst. c). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Abs. 5).

4.2 Das Einreiseverbot ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Urteil des BVGer F-2058/18 vom 10. Mai 2019 E. 4.2, auch zum Folgenden). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 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. Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE, der inhaltlich aArt. 80 Abs. 1 VZAE in der bis 31.12.2018 geltenden Fassung [AS 2007 5497] entspricht). Unter diese Begriffsbestimmung fallen auch Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts. Eine Gefährdung liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt (Art. 77a Abs. 2 VZAE bzw. aArt. 80 Abs. 2 VZAE in der bis 31.12.2018 geltenden Fassung [AS 2007 5497]).

4.3 Die Vorinstanz ging deshalb von einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aus, da sie annahm, dass die Beschwerdeführerin erwerbstätig war. Letzteres wird von der Beschwerdeführerin bestritten. Nach ihrer Darstellung hielt sie sich nur ferienhalber in der Schweiz auf.

4.4 Als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Entgelt gerichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (Urteil des BVGer F-2338/2018 vom 28. September 2018 E. 5.1, auch zum Folgenden). Ohne Belang für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit ist dabei, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a und 2 VZAE). Einschränkungen des Begriffs Erwerbstätigkeit können sich lediglich dort ergeben, wo der besondere Charakter der Hilfeleistung gerade durch die verwandtschaftliche und emotionale Nähe zwischen den Beteiligten gewährleistet ist und die ausführende Person daher nicht durch einen Dritten ersetzt werden könnte, ohne dass der besondere Charakter der Hilfeleistung verloren ginge.

4.5 Gemäss dem Polizeirapport der Kantonspolizei Zürich vom 9. Dezember 2018 wurde die Beschwerdeführerin anlässlich einer in der Nacht vom 8. auf den 9. Dezember 2019 erfolgten Polizeikontrolle in einem Club im Kanton Zürich angetroffen, wo sie auf der Tanzfläche vor einem DJ-Pult stand und in ein Mikrofon sang. Gemäss dem Befragungsprotokoll gleichen Datums räumte die Beschwerdeführerin zunächst ein, über die sozialen Medien mit ihrer Anwesenheit im Club geworben zu haben. Gearbeitet habe sie aber nur einmal, dies sei nicht geplant gewesen. Auf den Vorhalt

hin, in den sozialen Medien sei mit ihrer Anwesenheit für zwei Abende gewonnen worden, gab sie zu, an beiden Abenden aufgetreten zu sein, aber nicht wegen des Geldes. Sie habe am ersten Abend 40 Minuten und am zweiten eine Stunde „als Gefallen“ gesungen. Es sei ihr bewusst, dass sie in der Schweiz nicht ohne Bewilligung arbeiten dürfe. Sie sei seit ihrer Einreise in die Schweiz nur die bereits erwähnten beiden Male aufgetreten. Dass sie ohne Bewilligung erwerbstätig gewesen sei, sei „ein grosser Fehler“ von ihr gewesen (vgl. ZH-act. 36/40-41 Ziff. 22-31, 33-34, 36-38 und 40).

4.6 Die Beschwerdeführerin hat nach dem Gesagten in jenem Club Gesangsdarbietungen erbracht und infolgedessen eine Tätigkeit verrichtet, welche üblicherweise gegen Entgelt verrichtet wird. Die wiederholt geltend gemachte Unentgeltlichkeit ihrer Tätigkeit und deren Häufigkeit spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle (zur weiten Fassung des Erwerbsbegriffs siehe E. 4.4 hievor).

4.7 Die Beschwerdeführerin wendet in der Beschwerdeschrift ein, sie habe Einsprache gegen den Strafbefehl (sowie Rekurs gegen die Wegweisungsverfügung) erhoben. Dem hält das SEM in seiner Vernehmlassung entgegen, es habe sich nicht auf den Strafbefehl gestützt (vgl. Sachverhalt Bst. F.).

4.8 Eine Fernhaltemassnahme knüpft grundsätzlich nicht an die Erfüllung einer Strafnorm, sondern an die Gefährdung öffentlicher Interessen an. Das SEM ist folglich in der Regel nicht gehalten, den rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens abzuwarten. Vorausgesetzt wird allerdings, dass die Strafen unbestritten sind oder aufgrund der Akten kein Zweifel besteht, dass sie der Beschwerdeführerin zur Last zu legen sind (vgl. Urteil des BVGer F-4557/2018 vom 14. Februar 2019 E. 7.2 m.H.). Da die Beschwerdeführerin anlässlich der polizeilichen Einvernahme geständig war und sie auf die Konsequenzen einer Nichtanfechtung aufmerksam gemacht wurde, stösst der Einwand auf die fehlende Rechtskraft des Strafbefehls ins Leere.

4.9 Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin am 7. und 8. Dezember 2018 einer Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes nachgegangen ist, ohne im Besitze der hierfür erforderlichen Bewilligung zu sein (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 AuG und Art. 1a und 2 VZAE). Damit hat sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und einen hinreichenden Anlass zur Verhängung eines

Einreiseverbots bewirkt (vgl. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG; Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE).

5.

5.1 Es bleibt zu prüfen, ob das Einreiseverbot für die Schweiz und Liechtenstein 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 (vgl. statt vieler HÄFELIN et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff. m.w.H.).

5.2 Die Beschwerdeführerin bringt insbesondere vor, ein Einreiseverbot für den gesamten Schengen-Raum schränke sie in ihrer angestammten Tätigkeit als internationale Sängerin massiv ein, könne sie doch während zweier Jahre keine Engagements in den Schengen-Vertragsstaaten wahrnehmen. Ihren Bekanntheitsgrad könne sie jedoch nur mit regelmässigen Auftritten im Ausland aufrechterhalten. Auch sei nur dadurch gewährleistet, dass sie weiterhin ein solides Einkommen für sich und ihre Familie erziele. Die Vorinstanz erachtet demgegenüber aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Wahrung der Sicherheit und Ordnung ein zweijähriges Einreiseverbot für den gesamten Schengen-Raum als verhältnismässig.

5.3 Angesichts des Verhaltens der Beschwerdeführerin ist auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu schliessen. An der Einhaltung der Rechtsordnung im Allgemeinen und der Vorschriften über Einreise, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit im Besonderen besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse. Die Beschwerdeführerin hat gegen zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung verstossen und ihre illegale Tätigkeit wurde erst durch polizeiliche Intervention unterbunden. Demnach besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an ihrer befristeten Fernhaltung (vgl. Urteil des BVGer F-4156/2016 vom 8. Dezember 2017 E. 7.3 m.H.). Die mit der SIS-Ausschreibung einhergehende Beeinträchtigung ihrer persönlichen Bewegungsfreiheit und namentlich die ihrer beruflichen Auftrittsmöglichkeiten hat die Beschwerdeführerin in Kauf zu nehmen.

5.4 Die Abwägung der vorliegenden öffentlichen und privaten Interessen führt somit zum Ergebnis, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot

für den gesamten Schengen-Raum eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

6.

6.1 Indem die Beschwerdeführerin auf Beschwerdeebene schliesslich vorbringt, ihr Beruf als international bekannte Künstlerin bzw. Sängerin setze voraus, dass sie nicht nur in ihrem Heimatland Albanien, sondern auch regelmässig im Ausland auftreten könne, beantragt sie die Aufhebung der Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II.

6.2 Eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzt (Drittstaatsangehörige), kann im SIS II zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschlossen werden, wenn die "Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles" eine solche Massnahme rechtfertigen (Art. 2 und 21 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. Dezember 2006]). Voraussetzung der Ausschreibung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die gestützt auf eine Entscheidung der zuständigen nationalen Instanzen ergeht (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Eine Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Absatz 1 auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung). Eine Ausschreibung kann nach Art. 24 Abs. 3 SIS-II Verordnung auch eingegeben werden, wenn die nationale Entscheidung darauf beruht, dass der Drittstaatsangehörige ausgewiesen, zurückgewiesen oder abgeschoben worden ist, wobei die Massnahme nicht aufgehoben oder ausgesetzt worden sein darf, ein Verbot der Einreise oder gegebenenfalls ein Verbot des Aufenthalts enthalten oder davon begleitet sein muss und auf der Nichtbeachtung der nationalen Rechtsvorschriften über die Einreise oder den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen beruhen muss.

6.3 Die Ausschreibung des verfügten Einreiseverbots im SIS II beruhte auf der illegalen Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin. Vor dem Hintergrund des weitgefassten Art. 24 SIS-II Verordnung ist nicht erkennbar, weshalb die Vorinstanz von einer Anordnung hätte absehen sollen.

7.

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

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (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 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind durch den von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Kayser

Ulrike Raemy

Versand: