



Urteil vom 17. April 2023

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Daniele Cattaneo,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiberin Youlo Wujohktsang.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Vedat Erduran,
Beschwerdeführer,
gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Am 11. März 2022 wurde der Beschwerdeführer (nordmazedonischer Staatsangehöriger) anlässlich einer polizeilichen Anhaltung auf der Baustelle «Hotel B._____» in C._____ einvernommen (SEM-act. 1, pag. 6-7).

B.

Weitere Abklärungen durch die Kantonspolizei Glarus (SEM-act. 1, pag. 8) ergaben, dass der Kanton Graubünden dem Beschwerdeführer am 8. Mai 2019 eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit erteilt hatte, nachdem sich dieser mit einem mutmasslich gefälschten bulgarischen Reisepass ausgewiesen hatte.

C.

Am 16. März 2022 verfügte die Abteilung Migration des Kantons Glarus die Wegweisung des Beschwerdeführers unter Ansetzung einer dreitägigen Ausreisefrist aus der Schweiz. Gegen die Wegweisungsverfügung erhob der Beschwerdeführer am 18. März 2022 Beschwerde beim Departement Sicherheit und Justiz des Kantons Glarus.

D.

Am 16. März 2022 verhängte das SEM (Vorinstanz) ein vom 19. März 2022 bis 18. März 2024 gültiges Einreiseverbot (gleichentags eröffnet) gegen den Beschwerdeführer. Gleichzeitig ordnete die Vorinstanz die Ausschreibung dieser Massnahme im Schengener Informationssystem (SIS II) an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 2. Mai 2022 (Poststempel) gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 23. Juni 2022 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

G.

In seiner Replik vom 16. August 2022 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und deren Begründung fest.

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 als Verfügungsadressat, der ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat, zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Rechtsmittelfrist [Art. 50 Abs. 1 VwVG], Form der Beschwerde [Art. 52 Abs. 1 VwVG] und Bezahlung des Kostenvorschusses [Art. 63 Abs. 4 VwVG]) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.4 In der vorliegenden Angelegenheit entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (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 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 (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Das SEM verfügt unter Vorbehalt von Absatz 5 (vgl. E. 3.2) Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Artikel 64d Abs. 2 Buchstaben a-c sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AIG, in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925]) oder diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AIG). Die Wegweisung ist gemäss 64d Abs. 2

AIG sofort vollstreckbar oder es kann eine Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen angesetzt werden, wenn die betroffene Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die innere oder die äussere Sicherheit darstellt (Bst. a), konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die betroffene Person der Ausschaffung entziehen will (Bst. b) oder ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung als offensichtlich unbegründet oder missbräuchlich abgelehnt worden ist (Bst. c).

3.2 Nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG (in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925]) kann das SEM ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. 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 AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein solches vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.

4.1 Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Damit habe er gegen Art. 11 Abs. 1 erster Satz AIG und gegen ausländerrechtliche Einreisevoraussetzungen verstossen. Folglich seien auch die Voraussetzungen für die Verhängung eines Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a und Art. 77a Abs. 2 VZAE erfüllt. In ihrer Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, sie sei bei der Anordnung von Fernhaltemassnahmen nicht an strafrechtliche Urteile gebunden, gälten doch im Strafverfahren strengere Regeln als im Verwaltungsverfahren. Ausserdem bestehe sogar eine Veranlassung, von strafrechtlichen Feststellungen abzuweichen, selbst im Falle eines Freispruchs, wenn ein solcher ausdrücklich aufgrund der Unschuldsumutung zustande gekommen sei (Urteil des BGer 2C_197/2021 vom 6. Mai 2021 E. 3.3.2).

4.2 Demgegenüber bringt der Beschwerdeführer vor, er habe sich im Rahmen eines bewilligungsfreien Aufenthalts zu touristischen Zwecken in der Schweiz aufgehalten. Er sei als nordmazedonischer Staatsbürger von der Visumpflicht befreit und sei mit dem Zug von Deutschland her in die

Schweiz eingereist. Die maximale Aufenthaltsdauer im Schengen-Raum habe er nicht überschritten. Bei der polizeilichen Kontrolle am 11. März 2022 habe er sich mit zwei Kollegen – ebenfalls Touristen aus dem Balkan – am Bahnhof C._____ aufgehalten und habe auf den Zug gewartet. Er sei nicht vor der Polizei geflüchtet und habe auch keinen Grund dazu gehabt. In der persönlichen Vorsprache vom 15. März 2022 führte der Beschwerdeführer aus, er habe sich mit dem Zug verfahren und habe beim Herumlaufen das Restaurant bzw. Hotel gesehen und habe dort etwas essen wollen. Auch kenne er niemanden in C._____. Die Vorinstanz habe folglich das Einreiseverbot aufgrund des vom Amt für Migration des Kantons Glarus unrichtig festgestellten Sachverhalts verfügt. Das Amt für Migration habe Vermutungen aufgestellt, zumal er nie einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei in der Schweiz. Die Frage, ob er unerlaubterweise einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei, sei in einem formellen Strafverfahren zu prüfen; erst wenn er rechtskräftig verurteilt wäre oder das Amt für Migration den Nachweis erbracht hätte, dass es den Sachverhalt richtig festgestellt habe, sei die Anordnung einer Fernhaltmassnahme zulässig. Bis dahin gelte die Unschuldsvermutung. Auch macht er geltend, er habe seinen rechtmässig erworbenen bulgarischen Pass anfangs 2020 zurückgeben müssen, weil Bulgarien keine Doppelbürgerschaft mehr akzeptieren würde. Daher treffe es nicht zu, dass er sich 2019 mit einem gefälschten bulgarischen Pass eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit erschlichen habe.

5.

5.1 Als nordmazedonischer Staatsangehöriger untersteht der Beschwerdeführer gemäss Art. 8 Abs. 3 der Verordnung vom 15. August 2018 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und Anhang II der Verordnung [EU] Nr. 2018/1806 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussen Grenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind [ABl. L 303/39 vom 28.11.2018]) keiner Visumpflicht für kurzfristige Aufenthalte. Hingegen besteht für Ausländerinnen und Ausländer, die eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligungspflicht (Art. 11 Abs. 1 AIG).

5.2 Der Beschwerdeführer wurde im Rahmen einer polizeilichen Kontrolle auf der Baustelle «Hotel B._____» in C._____ angetroffen und flüchtete mit weiteren Personen zum nahegelegenen Bahnhof (SEM-act. 1,

pag. 6). Er wurde, wie von ihm zutreffend vorgebracht wird, am Bahnhof C._____ und nicht etwa auf der Baustelle angehalten. Diese Feststellung deckt sich jedoch grundsätzlich – entgegen seinen Ausführungen – mit dem im rechtlichen Gehör zur Wegweisungsverfügung (SEM-act. 3, pag. 22) sowie in der polizeilichen Anhaltung (SEM-act. 1, pag. 6) umschriebenen Sachverhalt. Seine Aussage, er habe sich mit dem Zug verfahren und habe beim Herumlaufen das Restaurant bzw. Hotel gesehen, wo er etwas habe essen wollen, vermag indes nicht zu überzeugen: Einerseits handelt es sich bei der fraglichen Liegenschaft um ein baufälliges – von aussen klar als Baustelle erkennbares – Gebäude; andererseits konnte er keinen Grund nennen, weshalb er vor der polizeilichen Anhaltung geflüchtet ist (SEM-act. 1, pag. 14). Zudem bestätigt er mit diesen Ausführungen, dass er bei der Baustelle des «Hotel B._____» zugegen war und somit die Sachverhaltsdarstellung der Kantonspolizei, wonach diese ihn dort angetroffen hat.

5.2.1 Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (vgl. E. 4.1) richtig ausgeführt, ist sie bei der Anordnung von Fernhaltemassnahmen nicht an strafrechtliche Urteile gebunden. Unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Prinzips der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV) darf die Behörde jedoch Verfehlungen, die nicht (oder noch nicht) zu einer Verurteilung geführt haben, nur berücksichtigen, soweit sie unbestritten sind oder wenn aufgrund der Akten keine Zweifel bestehen, dass sie dem Betroffenen zur Last zu legen sind (vgl. Urteil des BGer 2C_39/2016 vom 31. August 2016 E. 2.5; Urteile des BVGer F-2128/2022 E. 6.5 f.; F-1367/2019 E. 9.3.4).

Der Beschwerdeführer hat am 18. März 2022 gegen die Wegweisung Beschwerde erhoben und bestreitet, wie oben dargelegt, den Sachverhalt hinsichtlich der Erwerbstätigkeit. Den Akten lässt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, dass er tatsächlich auf der Baustelle arbeitete. Zwar wurde er «in flagranti» auf der Baustelle «erwischt» (so die Ausdrucksweise der Abteilung Migration des Kantons Glarus, SEM-act. 3, pag. 22), jedoch wurden keine Umstände angeführt, welche auf eine Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers hindeuten würden. Es wurde insbesondere nicht gesagt, ob er etwa bei der Verrichtung von Arbeiten oder in Arbeitskleidung angetroffen wurde (SEM-act. 1, pag. 14). Sodann erschliesst sich nicht aus den Akten, ob und inwiefern ein Zusammenhang zwischen dem Beschwerdeführer und der auf der Baustelle sichergestellten gebrauchten Arbeitskleidung besteht. Aktenkundig ist hingegen, dass sich zum Zeitpunkt der polizeilichen

Kontrolle noch weitere Personen auf der Baustelle aufhielten, die ebenfalls von der Polizei angehalten worden sind.

5.2.2 Die Frage, ob der Beschwerdeführer auf der Baustelle einer Arbeitstätigkeit nachgegangen ist, lässt sich somit angesichts des unvollständigen Sachverhalts nicht beantworten. Es können ihm daher auch keine im oben beschriebenen Sinn (E. 5.2.1) fehlbaren Handlungen zugerechnet werden und es ist in casu auf die Unschuldsvermutung abzustellen. Der Antrag des Beschwerdeführers, es sei bei der Staats- und Jugendanwaltschaft des Kantons Glarus die Auskunft einzuholen, ob gegen ihn eine Strafuntersuchung eröffnet wurde und hängig ist, erweist sich damit als hinfällig.

5.3 Unter diesen Umständen ist es nicht möglich zu überprüfen, ob ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt. Die Verfügung beruht mit anderen Worten auf einem unvollständigen Sachverhalt, weshalb die Sache zur vollständigen Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (vgl. Urteile des BVGer F-3401/2018 vom 24. März 2020 E.6.5, und F-4172/2017 vom 27. Juni 2019 E. 6 m.H. auf BVGE 2011/42 E. 8 und 2012/21 E. 5.1).

5.4 Die Vorinstanz wird bei dieser Gelegenheit noch zu prüfen haben, ob ein Einreiseverbot gestützt auf Bst. F der Wegweisungsverfügung («Overstay», SEM-act. 3, pag. 24) zu verhängen ist. Der Sachverhalt erweist sich auch in dieser Hinsicht als nicht liquid, weshalb eine Motivsubstitution ausscheidet.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt nur unvollständig festgestellt hat (Art. 49 Bst. b VwVG). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens gestützt auf Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Mit der

Replik vom 16. August 2022 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 3'250.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) ein. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet den geltend gemachten zeitlichen Aufwand als überhöht. Dieser ist in Anwendung von Art. 10 Abs. 1 VGKE auf 9 Stunden für die Beschwerdeschrift und 1 Stunde für die Replik (à Fr. 250.– pro Stunde zzgl. Auslagen von 4% des Honorars) festzusetzen. Da der Wohnsitz des Beschwerdeführers als Empfänger der juristischen Dienstleistung im Ausland liegt, ist kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer zuzusprechen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a MWSTG [SR 641.20] i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 MWSTG sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE; vgl. Urteile des BVGer F-5990/2020 vom 3. Februar 2023; F-5665/2019 vom 21. Juli 2021 E. 9.2; F-6315/2018 vom 8. Mai 2020 E. 5.2; F-3638/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 8). Dem Beschwerdeführer ist demnach eine Parteientschädigung im Betrag von Fr. 2'600.– (inkl. Auslagen) zuzusprechen.

(Dispositiv nachfolgende Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung vom 16. März 2022 wird aufgehoben.

2.

Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der bereits bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'600.- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Youlo Wujohktsang

Versand: