



Urteil vom 4. September 2023

Besetzung

Richter Gregor Chatton (Vorsitz),
Richterin Susanne Genner,
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Gerichtsschreiber Matiu Dermont.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Beat Hess, Rechtsanwalt,
Lauper & Partner,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot; Verfügung des SEM vom 29. April 2022.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer A. _____ (geboren 1987), Staatsangehöriger von Sri Lanka, reiste am 11. April 2022 in die Schweiz ein. Am 28. April 2022 wurde er von der Polizei wegen rechtswidriger Einreise und Aufenthalts sowie wegen Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit festgenommen. Am darauffolgenden Tag wurde er polizeilich vernommen.

B.

Mit Strafbefehl vom 29. April 2022 wurde der Beschwerdeführer wegen rechtswidriger Einreise und Aufenthalts sowie Ausübens einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung mit einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je Fr. 30.– verurteilt, unter Anordnung einer Probezeit von zwei Jahren.

C.

Ebenfalls am 29. April 2022 (gleichentags eröffnet) verhängte die Vorinstanz über den Beschwerdeführer ein ab dem 8 Mai 2022 bis zum 7. Mai 2024 gültiges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

D.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. Mai 2022 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben. Eventualiter sei das Einreiseverbot bis zum Abschluss des Strafverfahrens zu sistieren.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 3. Juni 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag zur vorübergehenden Sistierung des Einreiseverbots ab.

F.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 16. August 2022 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

G.

Der Beschwerdeführer replizierte am 16. September 2022 und beantragte weiterhin die Aufhebung der Fernhaltemassnahme.

H.

Der unterzeichnende Richter hat vorliegendes Verfahren aus organisatorischen Gründen vom vormaligen Instruktionsrichter übernommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot im Sinne von 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 frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache 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 sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 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]) verfügt die Vorinstanz Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften oder behördlichen Verfügungen vor (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR

142.201]). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots abgesehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufgehoben werden (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, BBl 2002 3709, 3813, nachfolgend Botschaft zum AuG). Soweit Art. 67 Abs. 2 aBst. 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 Abs. 2 aBst. 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.

4.

4.1 Zur Begründung des Einreiseverbots führt die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer sei in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitze der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung gewesen zu sein. Die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit stelle einen Verstoss gegen die Einreisevoraussetzungen des Ausländerrechts dar, womit auch gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen worden sei. Einen weiteren Grund für die Anordnung der Fernhaltemassnahme stelle seine rechtswidrige Einreise dar. Er habe sich bei seiner Festnahme nur mit einer italienischen Aufenthaltsbewilligung ausweisen können, habe jedoch keinen Reisepass auf sich gehabt. Unter Berücksichtigung seiner Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs erweise sich die Fernhaltemassnahme als verhältnismässig.

4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerdeschrift die ihm zur Last gelegten strafrechtlichen Verstösse. Er habe dagegen bei den strafrechtlichen Behörden Einsprache erhoben. In Anbetracht der Unschuldsvermutung sei das Einreiseverbot aufzuheben.

4.3 In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz daran fest, dass der Beschwerdeführer eine Erwerbstätigkeit ausgeübt habe. Dass im Strafverfahren noch kein rechtskräftiges Urteil vorliege, sei unbeachtlich. Demzufolge beantragt sie die Abweisung der Beschwerde.

4.4 Replizierend erwidert der Beschwerdeführer im Wesentlichen, aus den Polizeirapporten könne keine Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung entnommen werden. Bei den ihm zur Last gelegten Verhalten handle es sich weder um erhebliche noch um wiederholte Widerhandlungen gegen das AIG. Das Vorgehen der Vorinstanz verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und gegen das Willkürverbot. Aus diesen Gründen sei das Einreiseverbot aufzuheben. Dazu reicht der Beschwerdeführer auch eine seiner Eingaben zum laufenden Strafverfahren ein.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer konnte sich bei der durchgeführten Polizeikontrolle nur mit einem italienischen Aufenthaltsausweis ausweisen, führte aber keinen Reisepass mit sich. Das Vorweisen eines Reisepasses ist für Inhaber von Aufenthaltstiteln eines Schengen-Staates jedoch erforderlich, damit sie als von der Visumspflicht befreite Personen identifiziert werden können (vgl. Art. 5 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. a der Verordnung vom 15. August 2018 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]; Art. 6 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Kodifizierter Text] [Schengener Grenzkodex, SGK, ABl. L 77/1 vom 23. März 2016]). Gemäss Aktenlage wurde der Beschwerdeführer demzufolge wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts gestützt auf Art. 115 Abs. 1 Bst. a AIG und Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG verurteilt (vgl. SEM-act. 6). Die Verurteilung für diese Strafbestimmungen wird im vorliegenden Verfahren nicht bestritten.

5.2

5.2.1 Darüber hinaus begründet die Vorinstanz das Anordnen der Fernhaltmassnahme gegenüber dem Beschwerdeführer mit seiner unbewilligten Erwerbstätigkeit. Dafür wurde er gemäss Aktenlage gestützt auf Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG ebenfalls verurteilt (vgl. SEM-act. 6). Als Erwerbstätigkeit gilt gemäss Art. 11 Abs. 2 AIG jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit. Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise auf Entgelt gerichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten

wird (statt vieler: Urteile des BVGer F-2058/2018 vom 10. Mai 2019 E. 6.1; F-6991/2018 vom 14. Oktober 2019 E. 5.4). Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist somit weit zu fassen (vgl. etwa Urteil des BVGer F-6991/2018 vom 14. Oktober 2019 E. 5.4).

5.2.2 Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich geltend, er habe gegen den Strafbefehl vom 29. April 2022 Einsprache erhoben. Dieses Vorbringen ist verfehlt. Ein Einreiseverbot stellt nämlich eine präventivpolizeiliche Massnahme dar, die kein (rechtskräftiges) Strafurteil voraussetzt (vgl. statt vieler Urteile des BVGer F-4119/2020 vom 1. Oktober 2021 E. 4.1 m.H.; F-7408/2014 vom 12. September 2016 E. 3).

5.2.3 Ein Hinweis für eine Erwerbstätigkeit liegt darin, wenn in Abwesenheit der die Tätigkeit verrichtenden Person jemand anders entgeltlich hätte eingestellt werden müssen (VETTERLI, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli (Hrsg.), Ausländerrecht, 3. Aufl. 2022, S. 1871 Rz. 33.133). Wenn der Beschwerdeführer vorliegend angibt, das Lebensmittel-Geschäft in Abwesenheit seines Geschäftspartners vor Diebstählen überwacht zu haben (vgl. SEM-act. 2, RZ. 7.23), substituiert er dadurch bereits eine andere Arbeitskraft. Das gleiche gilt auch für das Erteilen von Aufträgen (vgl. SEM-act. 2, RZ. 7.5). Dass er Aufträge erteilt hat, bestätigt der Beschwerdeführer auch in seiner Replik (vgl. BVGer-act. 8). Eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AIG ist somit zu bejahen. Dafür hätte der Beschwerdeführer im Besitze einer ausländerrechtlichen Bewilligung sein müssen. Da er aber keine solche Bewilligung vorweisen kann, hat er einen weiteren Fernhaltegrund gesetzt.

5.3 Durch sein Verhalten hat der Beschwerdeführer gegen mehrere Strafbestimmungen von Art. 115 Abs. 1 AIG verstossen. Eine vom Beschwerdeführer ausgehende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 67 Abs. 2 aBst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE ist somit zu bejahen. Entgegen seiner Auffassung (vgl. BVGer-act. 8) werden dafür keine erheblichen oder wiederholten Straftaten vorausgesetzt. Inwiefern die Vorinstanz das Willkürverbot nach Art. 9 BV verletzt haben sollte, ist auch nicht zu erkennen.

6.

6.1 Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten sei, legt Art. 67 aAbs. 2 AIG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, der eine wertende Abwägung zwischen den

berührten privaten und öffentlichen Interessen verlangt. Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 AIG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

6.2 Das generalpräventiv motivierte Interesse daran, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist als gewichtig einzustufen. Dazu kommt die spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme, den Betroffenen zu ermahnen, ausländerrechtliche Bestimmungen zukünftig einzuhalten und so einer weiteren Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenzuwirken (vgl. Urteil des BVGer F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 7.1). Mit seinem Verhalten hat der Beschwerdeführer verschiedentlich gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen beziehungsweise unter diesen Oberbegriff fallende Rechtsgüter gefährdet (vgl. E. 5). Es besteht damit ein signifikantes öffentliches Interesse an seiner befristeten Fernhaltung. Dieses öffentliche Interesse überwiegt private Interessen sind den Akten nicht zu entnehmen und werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund stellt das von der Vorinstanz verfügte und auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot unter Berücksichtigung der gängigen Praxis in vergleichbaren Fällen auch hinsichtlich der Dauer eine angemessene und verhältnismässige Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar (vgl. etwa Urteile des BVGer F-215/2019 vom 5. März 2020, F-5266/2019 vom 16. Juni 2020, F-4306/2019 vom 20. November 2020, F-229/2021 vom 6. September 2021, F-4221/2021 vom 24. Juni 2022, F-1934/2022 vom 6. März 2023).

7.

Schliesslich bestehen keine humanitären oder anderen wichtigen Gründe, welche rechtfertigen könnten, von der Verhängung eines Einreiseverbots ganz abzusehen (Art. 67 Abs. 5 AIG).

8.

Die angefochtene Verfügung ist als rechtmässig im Sinne von Art. 49 VwVG zu bestätigen. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 1'000.–

festzusetzen (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie sind durch den geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe gedeckt. Ausgangsgemäss ist auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

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

3.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Gregor Chatton

Matiu Dermont

Versand: