



Abteilung VI
F-4351/2020

Urteil vom 15. September 2021

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Daniele Cattaneo,
Richter Andreas Trommer,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Semsettin Bastimar, Rechtsanwalt,
ADVOCENTRAL,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine 1977 geborene türkische Staatsangehörige, wurde anlässlich einer Kontrolle am 14. Juli 2020 durch Mitarbeitende des Amtes für Migration und Integration des Kantons Aargau (im Folgenden: Amt für Migration) im Imbisslokal B._____ in C._____ angehalten und aufgrund des Verdachts auf illegale Erwerbstätigkeit festgenommen. Dabei wurde ihr vorgehalten, Kunden bedient und Mahlzeiten serviert zu haben, ohne im Besitz der dafür notwendigen Bewilligung zu sein.

Bei der gleichentags durchgeführten polizeilichen Einvernahme gab die Beschwerdeführerin zu, jeweils mittags im Geschäft ihres Ehemannes, mit dem sie seit dem 13. Dezember 2019 verheiratet sei und in Frankreich an der Grenze zur Schweiz wohne, ausgeholfen zu haben. Allerdings habe sie nicht zu 100% dort gearbeitet. Hingegen habe sie ihren Ehemann immer zur Arbeit fahren müssen, weil diesem der Führer-ausweis entzogen worden sei. Sie sei der Meinung gewesen, im Familienbetrieb ihres Mannes und bei lediglich unregelmässiger Arbeit sei keine entsprechende Bewilligung notwendig (vgl. Einvernahme der Kantonspolizei Aargau vom 14. Juli 2020). Im Rahmen derselben Einvernahme wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zur Anordnung von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen gewährt.

B.

Am 15. Juli 2020 verfügte das Amt für Migration gestützt auf Art. 64 Abs. 2 Bst. b AIG die Wegweisung der Beschwerdeführerin und forderte sie zur sofortigen Ausreise auf. Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

C.

Gestützt auf den obgenannten Sachverhalt erliess das SEM am 15. Juli 2020 gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot, entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und veranlasste die Ausschreibung des Einreiseverbots im Schengener Informationssystem (SIS II). Zur Begründung der Fernhaltemassnahme führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin sei ohne Bewilligung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, womit sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG). Zudem habe sie sich illegal in der Schweiz aufgehalten. Auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs erweise sich die Fernhaltemassnahme als verhältnismässig und gerechtfertigt.

D.

Die Beschwerdeführerin liess gegen diese Verfügung am 1. September 2020 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, das Einreiseverbot sei aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur richtigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventualiter sei das Einreiseverbot für ein Jahr auszusprechen und es sei auf das Ausschreiben des verfügten Einreiseverbots im Schengener Informationssystem (SIS) zu verzichten.

In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin vorerst eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Begründungspflicht, indem sich die Vorinstanz nicht mit dem FZA auseinandergesetzt habe, obwohl offensichtlich sei, dass es sich bei ihr um die Ehefrau eines französischen Staatsangehörigen handle. Im Weiteren macht sie geltend, sie habe lediglich im Imbiss-Kebab-Laden ihres französischen Ehemannes ausgeholfen und somit einen Beitrag an einen (unter Beachtung der für Ehegatten geltenden zivilrechtlichen Beistandspflicht) gebotenen Beitrag an den Unterhalt der Familie geleistet, was vorliegend nicht als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 AIG und Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) qualifiziert werden könne. Ohnehin stelle sich das gegen sie verhängte Einreiseverbot als Eingriff in ihr abgeleitetes Recht auf Freizügigkeit dar. Schliesslich sei die Fernhalte-massnahme auch von ihrer Dauer her und im Vergleich zu ähnlich gelagerten Fällen unverhältnismässig.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht liess die Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersuchen.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 1. Oktober 2020 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Oktober 2020 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

G.

Mit Replik vom 5. November 2020 hält die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde und deren Begründung fest. Im Weiteren lässt sie vorbringen, in casu fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für die SIS-Ausschreibung, seien doch die Voraussetzungen gemäss Art. 24 SIS II-VO nicht erfüllt. Gleichzeitig wurde eine Kostennote eingereicht.

H.

Mit Strafbefehl vom 24. November 2020 wurde die Beschwerdeführerin von der Staatsanwaltschaft Baden wegen rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a AIG sowie wegen Ausübens einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG zu einer (bedingten) Geldstrafe von 130 Tagessätzen zu je Fr. 30.- sowie einer Busse von Fr. 500.- verurteilt. Gegen diesen Strafbefehl wurde – wie eine telefonische Rückfrage des Bundesverwaltungsgerichts bei obgenannter Staatsanwaltschaft ergeben hat – am 4. Dezember 2021 Einsprache erhoben und die Sache an das Bezirksgericht Baden überwiesen.

I.

In ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 2. August 2021 hält das SEM weiterhin an seiner Rechtsauffassung fest, wonach die Beschwerdeführerin nicht in den Anwendungsbereich des FZA falle.

J.

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

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

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen des SEM, die gestützt auf Art. 67 AIG ein Einreiseverbot zum Gegenstand haben (Art. 33 Bst. d VGG; Art. 32 VGG; Art. 112 Abs. 1 AIG).

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

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streit-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 Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – 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 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.

3.1 Vorab ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, die Vorinstanz sei ihrer Begründungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen und habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie sich nicht mit dem FZA auseinander gesetzt habe, obwohl offensichtlich sei, dass es sich bei ihr um die Ehefrau eines französischen Staatsangehörigen handle.

3.2 Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst eine Reihe persönlichkeitsbezogener Mitwirkungsrechte der Partei eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens. Im Zentrum steht das Recht, vor dem Erlass einer belastenden Verfügung angehört zu werden (Art. 30 VwVG). Die Behörde hat die Partei jedoch nicht nur anzuhören, sondern sie hat das Geäusserte sorgfältig zu prüfen, zu würdigen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht; vgl. Art. 32 VwVG). In einer engen Verbindung dazu steht die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 VwVG). Die Begründungspflicht dient der rationalen und transparenten Entscheidungsfindung und soll die Partei in die Lage versetzen, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Das setzt voraus, dass die Behörde die Überlegungen nennt, von denen sie sich beim Entscheid leiten liess. Dabei ist sie nicht gehalten, zu jedem Ar-

gument der Partei explizit Stellung zu nehmen. Es genügt, wenn aus der Gesamtheit der Begründung implizit hervorgeht, weshalb das Vorgebrachte als unrichtig oder unwesentlich übergegangen wird (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2 m.H.; BVGE 2012/24 E. 3.2).

3.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lassen sich aus dem Umfang der Begründung keine direkten Schlüsse auf ihr rechtliches Genügen ziehen. Massgebend ist allein, ob sie ihre Funktion erfüllt. Das kann auch eine knappe Begründung leisten. Die Vorinstanz legt verständlich dar, aus welchen Gründen ihrer Ansicht nach in casu von einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG auszugehen ist. Im Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass das Einreiseverbot zu den quantitativ häufigsten Anordnungen der schweizerischen Verwaltungspraxis zählt und das SEM als erstinstanzliche Behörde speditiv zu entscheiden hat. An die Begründungsdichte dürfen deshalb keine überspannten Anforderungen gestellt werden (vgl. Urteil des BVGer F-4156/2016 vom 8. Dezember 2017 E. 3.4 m.H.). Es war der Beschwerdeführerin denn auch ohne weiteres möglich, sachgerecht und vollständig gegen die vorinstanzliche Verfügung zu argumentieren. Ihre Rügen sind daher als unbegründet zurückzuweisen. Soweit diese Sachverhalts- und Subsumtionsfragen beinhalten, bilden sie überdies Gegenstand der materiell-rechtlichen Beurteilung.

4.

Gemäss Art. 3 FZA in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 FZA haben Angehörige von Vertragsstaaten des Freizügigkeitsabkommens ein Recht auf Einreise im Sinne einer originären Berechtigung. Machen sie davon tatsächlich Gebrauch, kommt dasselbe Recht ihren Familienangehörigen ungeachtet der Staatsangehörigkeit als abgeleitete Rechtsposition zu (vgl. dazu Urteil des BGer 2C_1092/2013 vom 4. Juli 2014 E. 6.2.3; ferner GIULIA SANTANGELO, Kein abgeleitetes Recht auf Freizügigkeit ohne Ausübung des Freizügigkeitsrechts durch den originär Berechtigten, in: dRSK, publiziert am 5. Dezember 2014).

Die Beschwerdeführerin ist türkische Staatsangehörige und seit dem 13. Dezember 2019 mit einem französischen Staatsangehörigen verheiratet, welcher als originär Berechtigter tatsächlich von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch macht, wohnt er doch in Frankreich und betreibt im Kanton Aargau als Grenzgänger einen Imbiss-Kebab-Laden. Die Ehegattin gehört daher – entgegen der Auffassung des SEM – zu den Begünstigten des

Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681). Die Beschwerdeführerin verfügt folglich über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht (Art. 3 Abs. 2 Bst. a Anhang I FZA). Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG ist daher das ordentliche Ausländerrecht – bestehend aus dem AIG und seinen Ausführungsverordnungen – nur soweit anwendbar, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder die Bestimmungen des ordentlichen Ausländerrechts günstiger sind.

5.

Das SEM kann gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a–c AIG gegenüber ausländischen Personen Einreiseverbote verfügen, 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 worden sind (Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer angeordnet 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 ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

6.

6.1 Im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens stellt ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG eine Massnahme dar, welche die Ausübung vertraglich zugesicherter Rechte auf Freizügigkeit einschränkt. Solche Massnahmen sind gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur zulässig, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Ordre-Public-Vorbehalt). Die Konkretisierung des Ordre-Public-Vorbehalts erfolgt durch die drei Richtlinien 64/221/EWG (ABl. Nr. 56/850 vom 4.4.1964), 72/194/EWG (ABl. Nr. L 121/32 vom 26.5.1972) und 75/35/EWG (ABl. Nr. L 14/14 vom 20.1.1975) in ihrer Fassung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens (Art. 16 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA) und die vor diesem Zeitpunkt bestandene, einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH; Art. 16 Abs. 2 FZA).

6.2 Abweichungen vom Grundsatz des freien Personenverkehrs sind nach der Rechtsprechung eng auszulegen. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA setzt ausser der Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, wie sie jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Ob das der Fall ist, beurteilt sich nach dem persönlichen Verhalten der betreffenden Person. Eine strafrechtliche Verurteilung für sich allein genügt nicht (Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 64/221/EWG). Sie kann nur insoweit herangezogen werden, als die ihr zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht somit Massnahmen entgegen, die im Sinne eines Automatismus an vergangenes Fehlverhalten anknüpfen, und solchen, die aus Gründen der Generalprävention angeordnet werden. Insoweit kommt es im Unterschied zum Landesrecht auf die Rückfallgefahr an, wobei die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr umso geringer ist, je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen wiegen (vgl. BGE 139 II 121 E. 5.3).

7.

7.1 Das SEM hat sich in der angefochtenen Verfügung nicht zum Freizügigkeitsabkommen geäussert und in ihrer Vernehmlassung die Auffassung vertreten, die Beschwerdeführerin hätte auch mit einem französischen Aufenthaltstitel sowie als Ehegattin eines französischen Staatsangehörigen gemäss FZA kein Recht auf Arbeitsaufnahme ableiten können. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem jüngeren Grundsatzurteil (BVGE 2019 VII/3, E. 11.1) festgehalten hat, wenn ein EU-Angehöriger sein originäres Freizügigkeitsrecht als Grenzgänger in Anspruch nehme, könne seine drittstaatsangehörige Ehefrau im Rahmen des FZA daraus das Recht ableiten, ohne nationale Arbeitsbewilligung (Ausweis G) als Grenzgängerin in der Schweiz zu arbeiten.

7.2 Selbst wenn sich die Beschwerdeführerin der illegalen Erwerbstätigkeit in der Schweiz schuldig gemacht und damit gegen ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen hätte, wie es die Vorinstanz annimmt, dürfte ihr Verhalten (vgl. Bst. A. des Sachverhalts) kaum eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, zumal sich die Schweiz insbesondere dann grosse Zurückhaltung auferlegt, wenn Verstösse gegen ausländerrechtliche Bestimmungen zur Diskussion stehen, welche der Personenfreizügigkeit vorläufig Schranken setzen (vgl. Urteil des BVGer F-1771/2020 vom 6. Juli 2020 E. 7.3 m.H.).

7.3 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt daher zum Schluss, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin – selbst wenn es widerrechtlich gewesen sein sollte – keine hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründet, welche die Grundinteressen der Gesellschaft berührt. Das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot hält demnach vor dem Freizügigkeitsabkommen nicht stand.

8.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung bundesrechtswidrig ist (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder der Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 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]). Der am 6. November 2020 entrichtete Kostenvorschuss von Fr. 900.– ist der Beschwerdeführerin deshalb zurückzuerstaten.

9.2 Als obsiegende Partei ist der durch einen Rechtsanwalt vertretenen Beschwerdeführerin für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). In Berücksichtigung des Umfangs und der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streit Sache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, der aktenkundigen Bemühungen sowie der Bandbreite der bislang ausgerichteten Entschädigungen für vergleichbare Fälle ist die Parteientschädigung nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 2'000.- (inkl. Auslagen) festzusetzen (Art. 8-10 und 14 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot wird aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der entrichtete Kostenvorschuss im Betrage von Fr. 900.- wird zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlungsadresse)
- die Vorinstanz (ad Ref-Nr. [...])
- das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Daniel Brand

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: