



Urteil vom 2. Dezember 2020

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richterin Susanne Genner,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. LL.M. Patrick Bühlmann,
Rechtsanwalt, Wyss & Partner,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein 1992 geborener Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, führte vom 2. Juli 2019 bis am 3. Juli 2019 in einem Garagenbetrieb im Kanton Zürich Aushilfsarbeiten im Wert von ca. Fr. 300.- aus, ohne über eine für bosnische Staatsangehörige zwecks Arbeitsaufnahme in der Schweiz erforderliche Bewilligung verfügt zu haben. Im Rahmen der durchgeführten polizeilichen Einvernahme wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Anordnung von Entfernung- und Fernhaltungsmassnahmen gewährt.

B.

Mit Strafbefehl vom 4. Juli 2019 befand die Staatsanwaltschaft See / Oberland den Beschwerdeführer der vorsätzlichen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 AIG für schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.- (davon 2 Tagessätze durch Haft erstanden), unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, sowie einer Busse von Fr. 300.-. Dieser Strafbefehl erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

C.

Gestützt auf diesen Sachverhalt verfügte das SEM am 4. Juli 2019 gegen den Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot sowie die Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) und entzog gleichzeitig einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung der Fernhaltungsmassnahme führte die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer sei in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitze der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung gewesen zu sein. Er habe somit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, weshalb gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a und Art. 77a Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) eine Fernhaltungsmassnahme anzuordnen sei.

D.

Am 5. Juli 2019 verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich die Wegweisung des Beschwerdeführers und wies ihn an, die Schweiz bis zum 10. Juli 2019 zu verlassen.

Der Beschwerdeführer verliess die Schweiz eigenen Angaben zufolge am 11. Juli 2019.

E.

Mit Beschwerde vom 5. September 2019 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Fernhaltungsmassnahme; eventualiter sei das Einreiseverbot auf drei Monate zu reduzieren. In seiner Begründung gab der Beschwerdeführer denn auch zu, dass die von ihm ausgeübte Erwerbstätigkeit von vornherein eine Bewilligung erfordert hätte, welche er indessen nicht eingeholt habe. Allerdings gelte es zu berücksichtigen, dass er lediglich während höchstens zehn Stunden erwerbstätig gewesen sei. Ein solcher Verstoss sei zweifelsohne und insbesondere im Vergleich mit ähnlichen Widerhandlungen als unbedeutend einzustufen, weshalb eine Fernhaltungsmassnahme von mehr als drei Monaten einen eklatanten Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip darstellen würde.

F.

Mit verfahrensleitender Anordnung vom 5. November 2019 verwies das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid über das am 31. Oktober 2019 gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 65 Abs. 1 VwVG) auf einen späteren Zeitpunkt.

G.

Am 8. November 2019 kam die Vorinstanz im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens auf das Einreiseverbot zurück und befristete dieses auf zwei Jahre (bis zum 4. Juli 2021), hielt aber im Übrigen an der Fernhaltungsmassnahme fest.

H.

In seiner Replik vom 12. Dezember 2019 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und deren Begründung fest.

I.

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 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat 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 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).

3.2 Das in Art. 67 AIG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion dar, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, S. 3813). 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 (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). Somit liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar (vgl. Urteil des BVGer F-1156/2018 vom 13. Dezember 2019 E. 4.2 m.H.).

3.3 Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II], Abl. L 381/4 vom 28.12.2006 [nachfolgend: SIS-II-VO]; Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 [SR 362.0]).

4.

4.1 Zur Begründung der Fernhaltemassnahme führte die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer sei in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitze der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung gewesen zu sein. Er habe somit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, weshalb gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a und Art. 77a Abs. 2 VZAE eine Fernhaltemassnahme anzuordnen sei.

4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch nicht, einer illegalen Erwerbstätigkeit nachgegangen zu sein, macht jedoch geltend, im fraglichen Garagenbetrieb in Volketswil bloss während höchstens zehn Stunden Aushilfsarbeiten (Rückbauarbeiten im Wert von Fr. 300.-) ausgeführt zu haben.

In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit weit gefasst ist (vgl. SPESCHA, in: Spescha et al. [Hrsg], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 11 AIG N. 2). 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 (vgl. EGLI/MEYER, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 11 N. 6). 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).

4.3 Durch seine – wenn auch nur kurze – illegale Erwerbstätigkeit in der Schweiz hat der Beschwerdeführer fraglos ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Der Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG ist damit zweifellos gegeben.

5.

5.1 Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 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.).

5.2 Mit dem dargelegten Verhalten des Beschwerdeführers, welches eine Wegweisungsverfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich sowie eine strafrechtliche Verurteilung zur Folge hatte, wird auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geschlossen. An der Einhaltung der Rechtsordnung im allgemeinen und den Vorschriften über Einreise und Aufenthalt im Besonderen besteht denn auch ein gewichtiges öffentliches Interesse. Zum einen liegt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin, den Beschwerdeführer zu ermahnen, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise nach Ablauf des Einreiseverbots die für ihn geltenden Regeln einzuhalten. Wichtig ist aber auch das generalpräventiv motivierte Interesse, die öffentliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte in Konstellationen, in denen wie hier kein sogenannter Vertragsausländer betroffen ist, vgl. Urteil des BGer 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.).

5.3 Das öffentliche Interesse an einer befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers lässt sich mit den von ihm geltend gemachten privaten Interessen (Besuch von Verwandten und Freunden in anderen europäischen Staaten) nicht ernsthaft in Frage stellen, bleibt es doch den übrigen Schengen-Staaten unbenommen, betroffenen Personen auf Gesuch hin die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet zu gestatten bzw. ihnen ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (vgl. auch Urteil des BVGer C-5038/2013 vom 12. Mai 2014 E. 5.3). Die mit dem Einreiseverbot verbundenen Einschränkungen sind daher zu relativieren.

5.4 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das nunmehr auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot dem Grundsatz nach und in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Für eine Reduzierung der Fernhaltungsmassnahme auf lediglich drei Monate – wie eventualiter beantragt – bleibt vorliegend kein Raum.

6.

Schliesslich ist auch nicht zu beanstanden, dass dem Beschwerdeführer

die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 SIS-II-Verordnung sowie BVGE 2014/20 E. 8.5 m.H.), geht es doch einerseits um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung, gegen welche der Beschwerdeführer verstossen hat; andererseits hat die Schweiz die Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten zu wahren (vgl. BVGE 2011/48 E. 6.1).

7.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden und die Beschwerde demzufolge abzuweisen ist, soweit sie nicht durch das Rückkommen der Vorinstanz gegenstandslos geworden ist.

8.

8.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wären die reduzierten Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Parteivertreter ersuchte jedoch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG (Verzicht auf die Leistung eines Kostenvorschusses, Befreiung von den Verfahrenskosten). In der verfahrensleitenden Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2019 wurde der Entscheid darüber auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, weshalb dies nun nachzuholen ist.

8.2 Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheinen, auf Gesuch hin von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit werden. Eine Person gilt als bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 135 I 221 E. 5.1). Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (BGE 138 III 217 E. 2.2.4).

8.3 Da die vorliegende Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen war und aufgrund der Aktenlage (vgl. die Eingabe des Rechtsvertreters vom 31. Oktober 2019) von der prozessualen Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen ist (Art. 65 Abs. 1 VwVG), ist dem Gesuch um Befreiung von den Verfahrenskosten stattzugeben.

Dem Beschwerdeführer ist als teilweise obsiegende Partei zu Lasten der Vorinstanz eine auf den Umfang des Obsiegens (1/3) gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG, Art. 7 Abs. 4 VGKE). Deren Höhe ist mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und die Komplexität des Falles sowie in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE auf Fr. 500.- festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 65 Abs. 1 VwVG wird gutgeheissen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 500.- auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ad ZH [...])

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Daniel Brand

Versand: